



تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین المللی

***امین رستمی ***مسعود زمانی ***منوچهر توسلی نائینی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۱/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۰۵

چکیده

داوری یکی از قدیمی‌ترین شیوه‌های مورد استفاده جوامع، دولت‌ها و بازرگانان در حل اختلافات بوده و از قدمت تاریخی برخوردار است. امروزه اختلافات تجاری بین‌المللی از طریق نهاد داوری حل و فصل می‌گردد. مقاله باهدف تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی نگاشته شده است روش پژوهش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای اطلاعات جمع‌آوری گردید یافته‌ها نشان داد امروزه دیگر دستیابی به نظام واحد داوری تجاری بین‌المللی که مورد قبول و پذیرش اکثر کشورهای جهان باشد چندان دور از ذهن به نظر نمی‌رسد. در این مسیر علاوه بر قوانین نمونه، رویه مورد عمل داوران بین‌المللی، قواعد بین‌المللی، نقش بی‌بدیلی را بازی می‌کنند. روند رو به رشد کاهش محدودیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی مبتنی بر تجربه و نیازهای واقعی تجارت بین‌الملل است و باعث شکوفایی و رونق هر چه بیشتر نهاد داوری تجاری بین‌المللی می‌گردد. گرایش به آزادی اراده در داوری تجاری بین‌المللی هرگز به معنای آزادی مطلق اراده نیست و تنها حذف برخی محدودیت‌ها و قید و بندهای غیرضروری و محتاطانه گذشته را در پی داشته و در عین حال برخی محدودیت‌های مبنایی را تجویز می‌نماید. محدودیت‌هایی مانند محدودیت‌های مقرر در قوانین داخلی و ملی کشورها، محدودیت‌های مبتنی بر نظم عمومی بویژه نظم عمومی کشور مقرر داوری و محدودیت‌های مبتنی بر تعارض قواعد ملی کشورها با قواعد بین‌المللی. این محدودیت‌ها اختیارات داوران را در داور تجاری بین‌المللی محدود می‌کند. با توجه به اینکه اجرای آرای داوری به موجب مقررات و تحت نظارت مراجع صالح کشور محل اجرای رای داوری انجام می‌شود، در عمل اعمال نظم عمومی کشور محل اجرای رای نسبت به هر مقررات دیگر اولویت می‌یابد. نظم عمومی کشور مقرر داوری نقش تأثیرگذاری در فرآیند داوری ایفا می‌نماید و براساس قواعد و کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی نیویورک ۱۹۵۸ و رویه پذیرفته شده توسط مراجع داوری تجاری بین‌المللی، در صورت مغایرت رای داوری با نظم عمومی کشور محل اجرا، چنین رای غیر قابل اجرا خواهد بود.

واژگان کلیدی: داوران، حدود اختیارات داوران، داوری تجاری بین‌المللی، قواعد ملی

***دانشجوی دکتری تخصصی گروه حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد، نجف آباد، ایران.
***استادیار گروه حقوق دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. استادیار مدعو دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد، نجف آباد، ایران. (نویسنده مسئول) masoud.zamani87@gmail.com
***استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. استادیار مدعو دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد، نجف آباد، ایران.

مقدمه

اصل حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، زیرا یکی از دلایل رغبت تجار به نهاد داوری در تجارت بین‌المللی همین آزادی و اختیار عمل آنان است. داوری به عنوان یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات در عرصه تجارت داخلی و بین‌المللی است که مبتنی بر توافقنامه داوری است. طرفین در داوری بصورت آزادانه در خصوص موضوعات داوری تصمیم‌گیری می‌کنند بدون آنکه مکلف به پیروی از قواعد شکلی (همانند آنچه در داوری دادگستری معمول است) باشند.

اساساً یکی از دلایل مهم گسترش نهاد داوری در تجارت بین‌الملل همین آزادی و اختیار عمل آنان است که در قالب توافقنامه یا قرارداد داوری جلوه‌گر شده، طرفین قرارداد تجاری بین‌المللی را به سمت و سوی این شیوه حل اختلاف سوق می‌دهد، زیرا داوری به عنوان یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات قراردادی، چه در عرصه داخلی و چه در عرصه تجارت بین‌المللی، مبتنی بر توافقنامه یا قرارداد داوری است.

۱. مفهوم داوری تجاری بین‌المللی

درباره مفهوم داوری تجاری بین‌المللی تعاریف مختلفی در نظام‌های حقوقی وجود دارد. بعنوان مثال در نظام حقوقی سوئیس زمانی داوری بین‌المللی تلقی می‌شود که اقامتگاه یکی از طرفین غیر از سوئیس باشد. در حقوق ایتالیا نیز، مطابق قانون داوری این کشور (۱۹۹۴)، در صورتی که اقامتگاه یکی از طرفین غیر از ایتالیا باشد یا قرار بر این باشد که بخش مهمی از تعهدات ناشی از قرارداد در خارج از ایتالیا اجرا شود، همچنین زمانی که محل تجارت یکی از طرفین خارج از ایتالیا باشد داوری بین‌المللی تلقی می‌شود.

در برخی نظام‌های حقوقی مانند فرانسه و مالزی نیز معیارهای متعددی برای

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۳۵

بین‌المللی محسوب شدن داوری پیش‌بینی شده است. از جمله در فرانسه اگر داوری ناظر به مصالح و منافع تجارت بین‌الملل باشد، بین‌المللی محسوب می‌شود. به بیان دیگر طبق رویه قضایی فرانسه، چنانچه موضوع مرتبط با اقتصاد دو کشور باشد، داوری بین‌المللی است ولو اینکه طرفین هر دو فرانسوی باشند. براساس بند ۳ ماده ۱ قواعد نمونه داوری تجاری بین‌المللی آنسیترا (۱۹۸۵) که از سوی بسیاری کشورها الگوبرداری شده «داوری در صورتی بین‌المللی است که:

الف) محل تجارت طرفین موافقتنامه داوری، در زمان انعقاد این موافقتنامه در کشورهای مختلف باشد؛ یا

ب) یکی از محل‌های زیر خارج از کشوری باشد که محل تجارت طرفین در آن واقع است:

- ۱) محل داوری، چنانچه در موافقتنامه داوری، یا به موجب آن معین شده باشد؛
- ۲) هر محلی که بخش مهمی از اجرای تعهدات رابطه تجاری باید در آن اجرا شود یا محلی که موضوع دعوی نزدیکترین ارتباط را با آنجا دارد؛
- ج) طرفین صریحاً توافق کرده باشند که موضوع موافقتنامه داوری به بیش از یک کشور ارتباط پیدا می‌کند».

در حقوق ایران نیز به موجب بند ب ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی (۱۳۷۶) مقرر شده: «داوری بین‌المللی عبارت است از این که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقتنامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد». در داوری تجاری بین‌المللی وجود یک عنصر خارجی (واقعی یا مبتنی بر توافق طرفین) نقش دارد. بدون تردید مبنای اصلی نهاد داوری را باید توافق طرفین یا قرارداد دانست. قرارداد داوری تجاری بین‌المللی به حکم این است که قرارداد است، منشأ ارادی دارد و «حاکمیت اراده در قرارداد و بطور مطلق در اعمال حقوقی، اصلی است که جز در موارد برخورد با نظم جامعه و پاسدار آن یعنی قانون، پذیرفته شده است. این اصل لازمه کرامت و آزادی

۱۳۶..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

است که خداوند به انسان بخشیده است.»^۱ بنابراین «اصل آزادی قرارداد یا حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی قلمرو وسیعتری دارد (چنانکه) در اغلب موارد قصد طرفین در گزینش قانون ماهوی حاکم بر دعوا معتبر و محترم شمرده می‌شود.»^۲

ویژگی خاص تعریف قرارداد داوری در عرصه داوری تجاری بین‌المللی، ارتباط آن با «تجارت بین‌الملل» و دست کم یک قرارداد تجاری بین‌المللی است. قراردادی که دارای دو وصف «تجاری» و «بین‌المللی» است. در داوری تجاری بین‌المللی، بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال مقرر داشته: «داوری اختلافات در روابط بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل کاری، پیمانکاری، و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت».

۱-۱. اصول حاکم بر رسیدگی داوری

در رابطه با اصول حاکم بر رسیدگی داوری باید گفت؛ مساله مقررات مربوط به نحوه رسیدگی داوری را دو امر تشکیل می‌دهد: یکی اصل حاکمیت اراده و اراده داوری بر اساس توافق طرفین و دیگری که ناظر به موارد سکوت طرفین است، اصل انعطاف‌پذیری و آزادی داوران در اداره جریان داوری است.^۳

در عین حال، برخی از حقوقدانان بر این اعتقادند که آزادی طرفین و داوران در نحوه رسیدگی بی‌حد و حصر نیست. اصل رسیدگی منظم و صحیح یا جریان صحیح قانونی که اولین بار در ماده‌ی ۱۴ اصلاحی قانون اساسی ایران و قانون نمونه آنسیترال

۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوقدان، چاپ اول، تهران، پاییز ۱۳۷۷،

۲. هنری دو ورز، داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۷۶،

۳. نیکبخت، حمیدرضا، مسئولیت سازمان داوری، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۹۰، ص ۷۹.

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۳۷

منعکس شده است، دست کم دو اصل اجباری دادرسی را به دنبال خود آورده است. اصول مزبور از جمله قواعد مربوط به نظم عمومی دادرسی هستند و عبارتند از اصل بی‌طرفی و رفتار مساوی با طرفین و اصل رعایت حق دفاع.^۱

در دعاوی بین‌المللی و بطور خاص در دعاوی تجاری بین‌المللی بحث تعیین قواعد حاکم بر داوری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در داوری نسبت به مراجع قضایی تشریفات کمتری حاکم است لذا با توجه به اینکه در روند داوری، داوران باید از میان قواعد متعدد، قواعد حاکم بر آئین داوری و قواعد حاکم بر ماهیت دعوی را گزینش و مبنای عملکرد خود قرار دهند، اراده طرفین نقش اساسی و تعیین کننده دارد.

از نظر شکلی نیز برخی اساتید حقوق کتبی بودن قرارداد داوری را ضروری دانسته‌اند. هر چند به نظر می‌رسد که فلسفه رجوع به داوری، کتبی بودن قرارداد داوری را اقتضا دارد و می‌تواند از بروز مشکلات زیادی، از جمله، اختلاف در اصل وجود قرارداد داوری و شرایط و حدود آن، جلوگیری نماید، با وجود این تا زمانی که این تشریفات مورد تصریح قانونگذار قرار نگیرد، نمی‌توان به طور حتم توافق داوری را قراردادی تشریفاتی دانست.^۲

۲-۱. داوری تحت حاکمیت قانون ملی

در دادگاه‌های داوری ملی و دادگاه‌های غیرملی که تحت حاکمیت یک قانون ملی هستند، داور می‌بایست از نظم عمومی نظام حقوقی حاکم بر دعوی که مستقیماً دربردارنده ماده ۱۵۰۲ و ۱۵۰۴ قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه قواعد قابل اعمال است، تأثیر پذیرد. اگر قانون حاکم بر داوری ماده (۱) ۷ کنوانسیون رم را نیز شامل شود، قواعد مستقیماً قابل اعمال سایر نظام‌های حقوقی نیز ممکن است، اعمال شود. ماده (۱) ۷ در مورد مقرراتی غیر از مقررات قانونی قابل اعمال بر قرارداد سخن می‌گوید.

۱. همان، ص ۳۸۶.

۲. دشتی و کریمی، (۱۳۹۲)، مطالعه تطبیقی داوری رضایی یا تشریفاتی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱، دانشگاه علوم قضایی تهران،

۱۳۸..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

قراردادهای تحت حاکمیت قواعد فراملی، قانون قابل اعمال ندارند. بنابراین، بیان اصلی ذیل ماده (۱) ۷ بایستی به صورت گسترده اعمال شود و بایستی مقررات الزام‌آور نظام حقوقی که به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شده است، را نیز پوشش دهد. حتی اگر دولت قانون حاکم بر داوری ماده (۱) ۷ این کنفرانسیون را تصویب نکرده بود، پذیرفته شده است که داور بایستی ملاحظات مشابهی را به عنوان راهنما در نظر بگیرد.^۱ در سکوت طرفین، قاعده آزادی داور در انتخاب قانون حاکم پذیرفته شده است، ولی در عمل، طرق اعمال این آزادی به دو صورت خواهد بود. به عبارت دیگر، آزادی انتخاب قانون توسط داور، گاه می‌تواند به معنای انتخاب قانون حل تعارض حاکم باشد و گاه به معنای قانون ماهوی حاکم به طور مستقیم. از این دو طریق، طریق اول که ناظر به یک روش حل تعارض برای تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعواست، به ناچار به یک سیستم حقوق ملی می‌انجامد، ولی روش دوم همان روشی است که برای داوران امکان اعمال حقوق فراملی را فراهم می‌آورد.^۲

۱-۲. داوری فراملی

برای یک دادگاه داوری که به صورت فراملی فعالیت می‌نماید، نظم عمومی یا قواعد مستقیماً قابل اعمال یک نظام حقوقی موضوعیت ندارد. طرفینی که به یک داوری فراملی تسلیم شده اند، بایستی گرفتار مقررات تحمیلی کشور مقرر دادگاه شوند و نظم عمومی کشور خاصی بر آنان تحمیل گردد. البته، این بدان معنا نیست که داور می‌تواند نسبت به تمام قواعد الزام‌آور بی‌تفاوت باشد. در اینجا نظم عمومی در دو حوزه قابل بررسی است:

الف- نظم عمومی بین‌المللی: یک نظم عمومی مشترک بین تمامی ملت‌های تجاری

۱. اول لندو، حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله دفتر

خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره پنجم، بهار ۱۳۶۵،

۲. شیروی، عبدالحسین، نقش آنستیرال در توسعه حقوق تجارت بین‌الملل؛ مجله آوای عدالت، شماره

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۳۹

است. در یک پرونده در اتاق بازرگانی بین‌المللی که براساس قواعد فراملی داوری می‌شد، داور پرونده، گانر لاگرگون قراردادی را که به واسطه پرداخت رشوه به یک مقام دولتی منعقد شده بود را باطل اعلام کرد. او چنین بیان کرد که: «...این موضوع نمی‌تواند مورد مناقشه قرار گیرد که یک قاعده کلی حقوقی توسط ملل متمدن مورد پذیرش قرار گرفته است که قراردادهایی که به صورت جدی اخلاق حسنه یا نظم عمومی بین‌المللی را نقض می‌نماید، بلااعتبار است و کوچک‌ترین قدرت اجرایی ندارد و این قراردادها توسط هیچ دادگاه یا دیوان داوری دارای ضمانت اجرا شناخته نخواهد شد.^۱

ب. قواعد آمره کشورهای که به صورت کامل با قرارداد در ارتباط هستند: داوران اغلب بایستی از قواعد الزام‌آور کشورهای که به صورت کامل با قرارداد در ارتباط هستند، تأثیر بپذیرند. برای اینکه چنین قاعده‌ای در نظر گرفته شود، بایستی اعمال این قاعده در هر دو کشور صراحتاً یا به وسیله یک ساختار قانونی پیش‌بینی شده باشد. داور بایستی به این نکته توجه نماید که احتمال اجرای رأی داوری در دادگاه‌های کدام کشور وجود دارد. اگر رأی داوری نظم عمومی و قواعد مستقیماً قابل اعمال دولتی را نقض نماید، دادگاه‌های آن کشور، اجرای این رأی را رد خواهند کرد. بنابراین، داور بایستی توجهی ویژه به نظم عمومی کشوری که احتمالاً اجرای رأی داوری در آن کشور تقاضا خواهند شد، داشته باشد.^۲

۱. اول لندو، حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله دفتر

خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره پنجم، بهار ۱۳۶۵،

۲. کاکاوند، محمد، آزادی اراده طرف‌ها در داوری تجاری بین‌المللی، منتشره در سایت مرکز داوری اتاق ایران به نشانی:

(<http://arbitration.ir/new/web/uploads/media/dc۸۲۷۴cd۶۵d۳۶۶۳۲۴۳۶e۹f۴cb۴c۸bdf۰be۱۱۳.pdf>).

۱۴۰..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

بنابراین هر داور بایستی اهمیت حفظ داوری تجاری به عنوان یک ابزار برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی، را مورد توجه قرار دهد. داوری تنها در صورتی می‌تواند پیشرفت نماید که توسط دولت‌ها مورد حمایت قرار گیرد.^۱

استناد به قواعد فراملی در داوری‌های تجاری بین‌المللی چنان گسترده و رایج شده است که این قواعد را به یکی از منابع معتبر حقوق تجارت بین‌الملل تبدیل کرده است.^۲ قانون آرای داوری خارجی در فرانسه شناسایی شده و قابل اجرا خواهند بود، مشروط بر اینکه اولاً: وجود آن توسط مدعی به اثبات رسد؛ ثانیاً: به طور آشکار با نظم عمومی بین‌المللی مخالف نباشد.^۳ براساس این قانون حتی زمانی که طرفین اختلاف، بر صدور رأی بر مبنای منابع فراملی توافق ننموده باشند، باز هم داوران می‌توانند به این منابع استناد نمایند.^۴ در کشورهای حقوق نوشته قواعد فراملی به تدریج جزئی از قوانین تجارت ملی شد.^۵ برخی از نویسندگان انگلیسی ادعا کرده‌اند که داوران بایستی همیشه قانون را اعمال نمایند. در عین حال باید پذیرفت که حتی با وجود صدور این رأی از محاکم انگلستان باز هم مسیری طولانی برای پذیرش قواعد فراملی باقی مانده بود و چنین رأیی را نمی‌توان به عنوان مبنایی برای پذیرش اعمال قواعد فراملی در انگلستان

۱. اول لندو، حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره پنجم، بهار ۱۳۶۵،

۲. Mercede, Peter ۲۰۰۲ Italian Arbitration in International, Handbook on Commercial Arbitration, [Http://www.bing.Com](http://www.bing.Com).

۳. اشمیتوف، کلايو ام، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و دیگران، انتشارات سمت، جلد دوم، چاپ اول، تهران ۱۳۷۸،

۴. Fucherd, Peter; The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective, Fordham International Law Journal, Vol. ۱۲, ۱۹۸۹, pp: ۵۹۳ & ۵۶۹

۵. Marrella & Yoo, ۲۰۰۷, Cross-border Internet Dispute Resolution, Cambridge University press, London, p: ۲۱۸

۶. Mustill & Boyd, ۱۹۸۲, "The Paris Court of Appeal Looks at a Request for the Annulment of an Award for Breach of EC Competition Law", International Arbitration Law Review, Case Comment, p: ۶۱۱ & Russell, ۱۹۷۹. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/۴/۹۸) Award rendered on December

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی..... ۱۴۱

تلقی کرد.^۱

ماده ۳۳ مقررات آنسیترال، به قواعد فراملی اشاره‌ای ندارد؛ تنها در بند ۳ این ماده آمده است که در تمام دعاوی دادگاه داوری بایستی به عرف های تجاری قابل اعمال بر معامله توجه نماید، بی آنکه صراحتاً ضمانت اجرایی خاصی برای این بند پیش بینی شود.^۲

کنوانسیون نیویورک در مورد آرای داوری که در یک کشور خارجی متعاهد کنوانسیون صادر شده باشد، اعمال می‌گردد. دادگاه‌های دولت‌های عضو کنوانسیون بایستی آرای داوری خارجی را شناسایی و اجرا نمایند، مگر اینکه یکی از دلایل امتناع که در ماده V کنوانسیون مقرر شده است، وجود داشته باشد.^۳

۲. تنظیم موافقتنامه‌ی داوری

موافقتنامه‌ی داوری، شالوده و بنیان تقریباً هر نوع داوری است. ارجاع موضوع و حل و فصل اختلاف به داوری مستلزم توافق و تراضی طرفین در ضمن قرارداد داوری است. با توجه به این که داوری عقد است باید شرایط اساسی لازم برای صحت معاملات را از حیث قصد و رضای طرفین و اهلیت آن‌ها و معین بودن موضوع و مشروعیت جهت عقد دارا باشد. داوری از عقود تشریفاتی نیست و قرارداد آن می‌تواند عادی یا رسمی باشد. قرارداد داوری همچنین ممکن است کتبی یا شفاهی باشد و طرفین می‌توانند طی قراردادی جداگانه یا ضمن معامله ملزم شوند که در صورت بروز اختلاف جهت حل و فصل آن به نهاد داوری مراجعه نمایند. همانطور که در تعریف

۱. Mustill&boyd ,Ibd,pp:۶۰۵-۶۱۱

۲. tairaterces, Heinz, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", IBA Journal of Dispute Resolution, Special Issue, ۲۰۰۸,p:۷۱

۳. Van den Bergo, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of ۱۹۵۸, Kluwer Law and Taxation Publishers, ۱۹۸۱.

۱۴۲..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

داوری ذکر شد اختلافات احتمالی نیز قابل ارجاع به داوری است ولی منشاء اختلاف باید مشخص و معین باشد.^۱

در اسناد گوناگون حقوقی و رویه‌ی بین‌المللی، رویکردهای متفاوتی در خصوص تعیین قانون حاکم بر سایر موضوعات مربوط به موافقتنامه‌ی داوری وجود دارد. برخی از قوانین از رویکرد سستی تعارض قوانین پیروی می‌کنند؛ برخی دیگر حاوی قواعد ویژه ماهوی تعارض هستند بدین ترتیب، موافقتنامه‌ی داوری ممکن است قبل از بروز اختلاف یا پس از آن مورد توافق قرار گیرد. بنابراین، هیچ منعی وجود ندارد که قبل از بروز اختلاف طرفین متعهد شوند که اختلاف حاصل از یک رابطه مشخص حقوقی را به داوری ارجاع نمایند. اما نهاد داوری دارای اختیارات مطلق نیست و محدودیت‌هایی در اختیارات داوران وجود دارد:

۱-۲. محدودیت در ارجاع اختلاف به داوری

داوری تجاری بین‌المللی یک نهاد مستقل با شرایط و اوصاف مختص به خود است که در عرصه‌های مختلف حقوق داخلی و به ویژه تجارت بین‌المللی به ایفای نقش ممتاز می‌پردازد. برای تشخیص اینکه چه دعوی و موضوعاتی قابل ارجاع به داوری هستند، حتی در عرصه تجارت بین‌الملل، قوانین ملی تعیین کرده‌اند. لذا علی‌رغم دیدگاه‌هایی که بر نظریه داوری مستقل وجود دارد باید گفت واقعیت این است که تصور داوری بین‌المللی به عنوان یک نهاد کاملاً مستقل از نظام‌های حقوقی ملی، قابلیت انطباق کامل بر واقعیات خارج ندارد؛ چرا که همواره تعیین تکلیف بسیاری از امور در طی فرآیند داوری، از جمله در موضوعات مورد بحث در این گفتار، یعنی به منظور تشخیص اینکه اساساً چه موضوعاتی قابل ارجاع به داوری است ناگزیر از مراجعه به قوانین ملی هستیم.

بررسی قوانین ملی کشورها حکایت از این دارد که اصل اولیه در مراجعه به داوری

۱. نعیمی. م. (۱۳۹۰). دانشگاه آزاد انزلی، تقریرات درس داوری بین‌المللی. صص ۲۳-۲۰.

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی..... ۱۴۳

این است که اشخاص می‌توانند حل و فصل اختلافات گوناگون و با منشاءهای متفاوت را به داوری ارجاع دهند. چنانکه در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، در بند ۱ ماده ۲ تحت عنوان قلمرو اجرای قانون مقرر شده: «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت» و سپس به موجب بند ۲ همان ماده تاکید شده است: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند داوری اختلافات تجاری بین‌المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد با تراضی، طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند».

با تحقیق در قوانین داوری داخلی و قواعد داوری بین‌المللی به این واقعیت می‌رسیم که در داوری تجاری بین‌المللی اصل حاکمیت اراده جایگاه برجسته و نقش ممتازی در حل و فصل اختلافات دارد چرا که وقتی طرفین با میل و اراده خود حل و فصل اختلافات فعلی و یا اختلافات احتمالی آینده خویش را به داوری ارجاع می‌دهند، در واقع با ارزیابی مصالح خود از جهات مختلف، این مسیر را بر می‌گزینند و این ویژگی برجسته داوری در کنار سایر اوصاف آن که به تشخیص خود طرفین، تأمین‌کننده مصالح آنان است سبب می‌شود تا در خاتمه، پس از صدور رای داوری، طوعاً تن به اجرای رای داده، از مقاومت در مسیر اجرای رای خودداری نمایند. امری که نیل به هدف غایی همه نهادهای حل اختلاف اعم از مراجع قضایی و شبه قضایی، از جمله نهاد داوری را میسر می‌نماید.

بنابراین در خصوص آزادی اراده در داوری تجاری بین‌المللی باید گفت از آنجا که در تجارت بین‌الملل هیچ اجبار قانونی برای حل و فصل اختلافات فعلی یا احتمالی تجار بین‌المللی از طریق نهاد داوری وجود ندارد، اصل آزادی اراده در مقوله ارجاع امر به داوری به این معنی که هیچ شخصی را نمی‌توان بر خلاف میل و اراده او ملزم به

۱۴۴..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

پذیرش این شیوه حل اختلاف نمود (منع داوری اجباری) همواره مورد احترام بوده است. با وجود این، الزامات عملی تجارت بین‌الملل در بسیاری از موارد شخص را برخلاف میل و اراده او به پذیرش این شیوه حل اختلاف وادار می‌نماید. مانند اینکه شخص در برابر انتخاب‌های مختلف این روش را بیشتر به نفع خود می‌داند.

ممکن است تصور شود که استثنای مهم داوری اجباری در تجارت بین‌المللی زمانی اتفاق می‌افتد که دولت‌ها به موجب اسناد و معاهدات بین‌المللی صلاحیت رسیدگی به دعاوی اتباع خود را به هیأت داوری معینی واگذار نمایند. مانند دیوان دعاوی ایران و آمریکا که به موجب بیانیه الجزایر در خصوص اختلافات مربوط به اتباع ایران و آمریکا اتفاق افتاد و براساس آن رسیدگی به «دعاوی اتباع آمریکا علیه ایران» و «اتباع ایران علیه آمریکا»، همچنین «دعاوی متقابل هر یک از دولتین در برابر اتباع طرف مقابل» و «دعاوی دولتین ایران و آمریکا علیه یکدیگر» در صلاحیت این دیوان قرار گرفت.^۱

۲-۲. محدودیت حاکمیت اراده و داوری پذیری دعاوی تجاری

اصل آزادی اراده در ارجاع امر به داوری، مبین این مفهوم اساسی است که اصولاً طرفین می‌توانند با میل و اراده خود حل و فصل کلیه اختلافات تجاری خود را به داوری ارجاع نمایند. نفس چنین توافقی به لحاظ ابتدای بر اصل آزادی اراده از چنان اهمیتی برخوردار است که حتی در حقوق داخلی که مراجع قضایی، مرجع عام رسیدگی به دعاوی هستند سلب صلاحیت این مراجع (دادگاه‌های دادگستری) را در پی دارد (مؤید این واقعیت، رویه قضایی متقن و متکی به ده‌ها رأی صادره از دادگاه‌های مختلف است. به عنوان نمونه ر. ک. زندگی، محمدرضا، رویه قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران در امور مدنی ۲ (داوری)، انتشارات جنگل جاودانه، چاپ اول، تهران ۱۳۸۸). چرا که «با انعقاد قرارداد داوری، صلاحیت دادگاه در رسیدگی به اختلاف از میان می‌رود و چنانچه قرارداد قبل از بروز اختلاف منعقد گردد، مانع ایجاد صلاحیت

۱. محسنی، فریده، سلب مالکیت در رویه دیوان داوری ایران- ایالات متحده آمریکا، انتشارات فردافر، چاپ دوم، تهران ۱۳۸۹،

برای دادگاه خواهد بود.^۱

ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در مورد داوری دعاوی تجاری مقرر داشته: «دادگاهی که دعوی موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوی طرفین را به داوری احاله نماید، مگر اینکه احراز کند که موافقتنامه داوری باطل و ملغی الاثر یا غیرقابل اجرا می‌باشد و طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داوری و صدور رای داوری نخواهد بود.»

در نظام حقوقی فرانسه به موجب ماده ۱۴۵۸ آیین دادرسی این کشور مقرر شده: «هرگاه یکی از طرفین قبلاً به داور مراجعه کرده باشد، دادگاه‌های دولتی مطلقاً باید اعلام عدم صلاحیت کنند بدون آنکه به اعتبار یا عدم اعتبار قرار داوری رسیدگی نمایند. همچنین در صورت عدم مراجعه به مرجع داوری، دادگاه‌ها باید اعلام عدم صلاحیت نمایند مگر آنکه قرارداد داوری آشکارا باطل باشد.»

مشابه این حکم در دیگر کشورها نیز مشاهده می‌شود چنانکه به موجب ماده ۵ قانون داوری چین تصریح شده: «چنانچه طرفین توافقنامه داوری منعقد کرده باشند و طرف دعوی خود را به محکمه خلق رجوع دهد، محکمه خلق از قبول دعوی سرباز می‌زند مگر در صورتی که توافقنامه داوری کان لم یکن شده باشد.»

بنابراین توافق طرفین به رجوع به داوری موجب سلب صلاحیت مراجع قضایی می‌شود لکن پذیرش این اصل در قوانین و قواعد داوری به معنی حاکمیت مطلق اراده در این حوزه نیست؛ چرا که غالباً ضمن پذیرش کلیات اصل مزبور در قواعد و مقررات داوری استثنائات مهمی نیز مورد توجه قانونگذاران قرار گرفته است.

به عنوان مثال برخی موضوعات مانند موضوعات حوزه حقوق مالکیت فکری

۱. کاویانی، کورش، اصل ۱۳۹ قانون اسلامی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست (دانشگاه علامه طباطبایی)، شماره ۵، پاییز و زمستان ۸۸، ص ۱۳۲.

۱۴۶..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

ویژگی‌های متمایزی از دیگر موضوعات دارند که داوری در مورد آن اقتضائات خاصی از قبیل محرمانه بودن، سرعت مناسب رسیدگی و مقررات ویژه راجع به صدور دستور موقت را می‌طلبد که عمدتاً در مقررات داوری سازمان جهانی مالکیت فکری^۱ مورد توجه ویژه قرار گرفته است.^۲

۲-۳. اصل آزادی اراده و صلاحیت اشخاص جهت مراجعه به داوری

مداقه در متن مقرراتی که بر اصل آزادی اراده در رجوع به داوری تأکید دارند بیانگر این حقیقت است که این مقررات به طور ضمنی استثنائات و محدودیت‌های اساسی را نیز در بر می‌گیرند؛ چنانکه حسب ظاهر مقررات شرایطی مانند «اهلیت» و «داشتن صلاحیت انجام معامله»، اطلاق اراده آزاد طرفین را مقید می‌سازد. با توجه به مجموعه قیود و شرایطی که در مقررات مختلف پیش‌بینی شده، مهمترین مواردی که ممکن است به عنوان محدودیت برای اراده طرفین در این مقوله مطرح شوند عبارتند از موضوعات ناظر به «شرایط اساسی صحت معاملات» و محدودیت‌های ناظر به «اشخاص حقوقی»، اعم از اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی، در مورد اشخاص حقوقی (چه حقوقی عموم و چه حقوق خصوصی) اصل بر صلاحیت و اختیار این اشخاص برای رجوع به داوری برای حل و فصل اختلافات تجاریشان است؛ هر چند که با بررسی اجمالی مقررات کشورهای مختلف آشکار می‌گردد که گستره و قلمرو این اصل در نظام‌های مختلف حقوقی یکسان نیست.^۳

قواعد مربوط به صلاحیت اشخاص برای مراجعه به داوری اصطلاحاً دارای اطلاق است و نه تنها دلیلی برای محدود و مقید کردن این اطلاق وجود ندارد، بلکه همواره

۱. World Intellectual Property Organization (WIPO)

۲. عیسی تفرشی، محمد و اسدی نژاد، سیدمحمد، ویژگی‌های مقررات داوری سازمان جهانی مالکیت فکری و مقایسه آن با قانون داوری تجاری بین‌المللی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم

سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۱، بهار ۱۳۸۷

۳. اسکینی، ربیعا، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، نشر دانش امروز، ۱۳۷۱

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۴۷

مراجع داوری تجاری بین‌المللی، واضعین و قانونگذاران این عرصه، در جهت کاهش هر چه بیشتر برخی محدودیت‌ها و تفسیر مضیق موارد منصوص، گام برداشته‌اند.^۱ در برخی نظام‌های حقوقی به طور مطلق داوری تجاری بین‌المللی پذیرفته شده است. گروه بزرگی از کشورها در این دسته قرار می‌گیرند که از آن جمله می‌توان علاوه بر کشورهای بلوک شرق سابق، آمریکا، انگلیس، بلژیک، هلند، فرانسه و سوئیس را نام برد. در برخی دیگر از کشورها، داوری تجاری بین‌المللی به صورت محدود پذیرفته شده است، یعنی اصل این است که دولت و سازمان‌های دولتی می‌توانند در روابط تجاریشان با شرکت‌های خارجی به داوری مراجعه کنند، مشروط به این که برخی از شرایط و احتیاط‌ها را که به موجب قوانین معین شده است رعایت کنند؛ شرایط و احتیاط‌هایی که بعضاً در کشورهای مختلف دارای ماهیت‌های متفاوت است. برخی کشورها مانند کلمبیا و اکوادور و پرو، پذیرش داوری را منوط به این دانسته‌اند که خودشان مقرر داوری باشند. برخی مانند مصر از این حیث بین داوری‌های نفتی که دولت خود امضا کننده قرارداد باشد یا نباشد فرق قائل شده‌اند. در فرض نخست، الزام به داوری در مصر و مطابق قواعد این کشور را ضروری دانسته‌اند. در برخی دیگر از کشورهایی که در این گروه قرار می‌گیرند مانند الجزایر ضمن پذیرش داوری تجاری بین‌المللی برای برخی موضوعات مانند معاملات نفتی، این شیوه رسیدگی ممنوع شده است. در مقابل دو گروه فوق که بالاخره چه به صورت محدود و چه به صورت مطلق رجوع دولت و سازمان‌های دولتی به داوری را تجویز می‌کنند، کشورهای آمریکای لاتین قرار دارند که مظهر بی‌اعتمادی به داوری تجاری بین‌المللی هستند؛ چنانکه در ونزوئلا به طور مطلق رجوع به داوری برای دولت ممنوع اعلام شده است.^۲

۱. صادقی مقدم، محمدحسن و همکاران (۱۳۹۱). تشخیص معیار تبعیت در عقود تبعی و آثار آن در

حقوق ایران، فرانسه و انگلیس، پژوهش‌های حقوق تطبیقی زمستان- شماره ۱، ص ۱۳۵

۲. اسکینی، ربیعا، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، نشر دانش امروز، ۱۳۷۱

۱۴۸..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

برخی از حقوقدانان با تبیین و تفکیک بین مفهوم اموال عمومی و اموال دولتی معتقدند: «در داوری اصل مسلم این است که فقط اشخاصی حق مراجعه به داوری را دارند که حق انتقال آزادانه اموال موضوع اختلاف را داشته باشند. از لحاظ منطقی، فقط دعاوی راجع به اموال عمومی‌اند که قابلیت ارجاع به داوری را ندارند.»^۱

اهلیت طرفین در انعقاد موافقتنامه‌ی داوری نیز تابع قانون حاکم بر طرفین است. قاعده‌ی کلی این است که هر شخص حقیقی یا حقوقی که اهلیت انعقاد قرارداد معتبر را دارد واجد اهلیت انعقاد موافقت‌نامه معتبر هم هست.^۲ یکی از ایرادهای متداول این است که شخصی که قرارداد را برای یکی از طرفین امضاء کرده، اختیار و اجازه‌ی صحیحی برای این کار نداشته است.^۳

۲-۳. اصل آزادی اراده و صلاحیت اشخاص جهت مراجعه به داوری

در پاسخ به این سؤال با مراجعه به قواعد داوری تجاری بین‌المللی به این نتیجه می‌رسیم که اصل آزادی اراده و صلاحیت اشخاص جهت مراجعه به داوری به عنوان یک قاعده کلی در داوری تجاری بین‌المللی هم جاری است. یعنی در داوری تجاری بین‌المللی نیز اصل اولیه این است که همه اشخاص دارای اهلیت و صلاحیت اقامه دعوی، اختیار مراجعه به داوری جهت حل و فصل اختلافات فعلی یا احتمالی آینده خویش را دارند. به عنوان مثال در صدر بند ۲ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران حکمی همانند ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب پیش‌بینی و مقرر شده است: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می‌توانند داوری اختلافات تجاری بین‌المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد با تراضی، طبق این قانون به داوری ارجاع کنند.»

۱. کریمی، عباس و پرتو، حمید رضا، «داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی

۲. مثلاً نک. ماده ۱۶۷۶ (۲) (۱) قانون قضایی بلژیک.

۳. جولیان دی ام لیو همکاران ترجمه فیض‌الله جعفری، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۷: ۱۶۲-۱۶۱

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۴۹

این بدان معناست که در داوری تجاری بین‌المللی نیز اصل اولیه این است که کلیه اشخاص دارای اهلیت و صلاحیت اقامه دعوا، اختیار مراجعه به داوری برای حل و فصل اختلافات فعلی یا احتمالی آینده خویش را دارند. نگارنده در مطالعه قانون نمونه آنسیترال و همچنین کنوانسیون نیویورک و دیگر قوانین موضوعه بین‌المللی ناظر بر داوری به موردی که قانونگذار ارجاع به داوری را به اشخاص حقوقی تخصیص زده باشد برنخورد.

قسمتی از ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال چنین مقرر می‌کند: «موافقتنامه داوری» توافقی (قراردادی) است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی اختلافات بوجود آمده در مورد یک رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی یا اختلافاتی را که ممکن است (در رابطه با آن ارتباط حقوقی معین) پیش آید به داوری ارجاع می‌شود. موافقتنامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در یک قرارداد یا به صورت موافقتنامه جداگانه باشد...» این ماده به صراحت اهلیت طرفین دعوا در مراجعه به داوری منوط به بروز اختلاف دعوا در یک رابطه حقوقی معین می‌داند نه اختلاف بین دو شخصیت حقوقی. در مقررات داوری کشور و همچنین قواعد آمره بین‌المللی مانند ماده ۲ کنوانسیون نیویورک، ماده ۷ قانون نمونه داوری آنسیترال عموماً اختیار مراجعه اشخاص یا طرفین اختلاف به داوری به طور مطلق و بدون قید و شرط ذکر شده است؛ یعنی از این حیث تفکیکی بین اشخاص حقیقی و حقوقی مقرر نشده است. از سوی دیگر نه تنها در قوانین و مقررات راجع به داوری منع یا محدودیتی برای اشخاص حقوقی حقوق خصوصی پیش‌بینی نشده است.

۳. حدود اختیارات داوران در داوری تجاری بین‌المللی

به اعتقاد برخی از نویسندگان داوری تجاری بین‌المللی، چون داوری وظیفه‌ای است که نقش شبه قضایی را انجام می‌دهد؛ بنابراین در رسیدگی داوری نیز اصول دادرسی منصفانه پیش‌بینی شده در اسناد حقوق بشر باید از سوی داور رعایت شود. طرفداران

۱۵۰..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

این تئوری اینگونه استدلال می‌کنند که «داوری وظیفه و نقشی را که به طور سنتی برعهده دادگاه‌ها می‌باشد، به حکم قانون به نمایندگی از محاکم انجام می‌دهد» در نقد این تئوری باید گفت، داوری دارای ماهیتی خصوصی است و داور اختیار خود را از اراده طرفین می‌گیرد. بنابراین این دولت و دادگاه‌ها نیستند که وظیفه قضایی خود را به دیوان داوری تفویض می‌کنند، بلکه طرفین قرارداد داوری هستند که به جای مراجعه به دادگاه‌های دولتی برای حل اختلاف خود، ترجیح می‌دهند به داوری رجوع کنند. بنابراین نمی‌توان گفت داور یا هیئت داوری به نمایندگی از دادگاه‌ها یا دولت رسیدگی می‌کند؛ در نتیجه، نظریه نمایندگی نیز قابل پذیرش نیست.

برخی نیز قائل به تفکیک میان داوری اختیاری و اجباری هستند و می‌گویند در داوری اختیاری که طرفین به جای مراجعه به دادگاه‌ها، برای حل اختلاف خود توافق کرده‌اند به داوری رجوع نمایند، اصول دادرسی برگرفته از اسناد حقوق بشر به طور غیرمستقیم اعمال می‌شوند، زیرا با اینکه طرفین توافق کرده‌اند اختلاف آن‌ها به وسیله یک نهاد خصوصی به نام داوری حل و فصل گردد، ولی هنوز هم نمی‌توان نقش دادگاه‌ها در ابطال یا شناسایی و اجرای رأی داوری را نادیده گرفت، چون دادگاه‌ها که نهاد دولتی هستند می‌توانند رأی داوری را ابطال نموده یا اجرا نکنند؛ پس باید اصول دادرسی منصفانه حقوق بشر در داوری رعایت شود. در نتیجه می‌توان گفت این اصول به طور غیرمستقیم در داوری اختیاری (ارادی) قابل اعمال است. در مقابل داوری اختیاری، داوری اجباری قرار دارد که در آن اختیارات و قدرت داوری ناشی از حکم قانون می‌باشد، نه توافق طرفین. در رسیدگی داوری از نوع اجباری، اصول دادرسی منصفانه یادشده در اسناد حقوق بشر به طور مستقیم قابل اعمال بوده و داور مکلف به رعایت این اصول در رسیدگی خود است.

از آنجا که دادرسی منصفانه به عنوان یکی از حقوق بنیادین بشر شناسایی شده است و دولت‌ها نیز آرای داوری را در قلمرو قضایی خود اجرا می‌کنند و تحقق دادرسی منصفانه نیز به رعایت اصول دادرسی از سوی مرجع رسیدگی کننده وابسته است؛

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی..... ۱۵۱

بنابراین باید گفت، در رسیدگی داوری نیز اصول دادرسی لازم است از سوی داور یا هیئت داوری رعایت شود. اعمال این اصول در داوری اجباری باید به صورت مستقیم و در داوری اختیاری به صورت غیرمستقیم انجام گیرد.^۱

۴. نحوه تعیین داوران

دیدگاه کلی در خصوص تعیین داوران این است که روش تعیین داور یا داوران به اراده طرفین واگذار شده است و اگر حداقل روش تعیین داور مورد توافق قرار نگیرد قرارداد داوری اثر حقوقی ندارد هر چند که در مواردی مقررات تکمیلی وجود دارد که در صورت اهمال طرفین در تعیین داور یا روش تعیین داور به اجرا گذاشته می‌شود.^۲ اصل آزادی اراده طرفین در داوری، آزادی اراده آنان در تعیین داور (داوران) و نیز تعیین حدود اختیارات آنان است؛ چرا که اصولاً این طرفین هستند که داوران را انتخاب و حدود اختیارات آنان را تعیین می‌نمایند. داوران منتخب طرفین نماینده آنان محسوب نمی‌شوند و پس از انتخاب مطابق شرایط مقرر، مشابه قضات دادگاه‌ها بصورت مستقل عمل می‌کنند، این خصیصه موجب گسترش و رونق روزافزون داوری در تجارت بین‌الملل، تخصصی‌تر شدن داوری و افزایش سرعت و دقت در رسیدگی می‌گردد. اصل آزادی طرفین در دو مورد بررسی می‌شود یکی در تعیین خود داور (داوران) و دیگری در تعیین حدود اختیارات آنان.

۵. اختیارات داوران

داور از لحاظ حدود اختیارات، تابع اراده طرفین، است لکن در نحوه رسیدگی و

۱. خدروی، صالح (۱۳۹۴). دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره

۶ - شماره ۲، ص ۵۲۳

۲. خزاعی، حسین، داور در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی، مجله کانون وکلای دادگستری خراسان،

شماره ۲، سال دوم، ۱۳۸۵

۱۵۲..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

صدور رأی مستقل است.^۱ از یک سو «داوری مخلوق قرارداد میان طرفین است [و] با تراضی طرفین در موافقتنامه یا شرط داوری صلاحیت برای داورها به وجود می‌آید»^۲ و از سوی دیگر همین که داور نصب شد، از اختیارات گسترده‌ای برخوردار است. اما چنانچه داوران خارج از حدود صلاحیت و اختیارات خود و یا خارج از موضوع داوری رأی دهند، رأی صادره قابل ابطال خواهد بود. بنابراین بسیار مهم است که در تنظیم قرارداد داوری، اختیارات داوران و موضوع داوری به طور شفاف و کاملاً دقیق تعیین گردد. چرا که اختلافات و دعاوی احتمالی ناشی از هر قرارداد متعدد و متنوع‌اند.^۳ این وضعیت خاص، ناشی از ماهیت ویژه داوری است که از یک سو انتخاب داوری و داوران در اختیار طرفین است و از سوی دیگر داوران به منزله وکیل و نماینده طرفین نیستند، بلکه بیش از آن به منزله قضات بی طرف و مستقلاً هستند که در عین استقلال و بی طرفی همواره باید خواست و اراده طرفین را در تعیین صلاحیت و حدود اختیارات خویش مدنظر داشته باشند.

۶. محدودیت‌های اراده در انتخاب داور (داوران)

بررسی قواعد و مقررات داوری حاکم از این است که مهمترین موضوع قابل بحث به عنوان محدودیت در تعیین داوران، قید هم تابعیتی داور (داوران) با یکی از طرفین است. قیدی که در متن برخی از قواعد راجع به داوری منصوص شده است. با وجود این، «امروزه گرایش غالب بر این است که تابعیت تأثیری در استقلال و بی‌طرفی ندارد.

۱. حسین آبادی، امیر، موارد بطلان رأی داور، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول ۱۳۹۰،

۲. امیر معزی، احمد. (۱۳۸۸). نیابت در روابط تجاری و مدنی، تهران: دادگستر. ص ۲۴۷

۳. شیروی، عبدالحسین، تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره ۳، پاییز ۱۳۷۸

آنچه در داور اهمیت دارد شایستگی علمی و اخلاقی و تجربه اوست نه تابعیت^۱ براساس همین فکر بند ۱ ماده ۱۱ قانون نمونه می‌گوید: «هیچکس را نمی‌توان به علت تابعیتش از داور شدن ممنوع کرد، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند». لذا به اعتقاد برخی اساتید حقوق، پاره‌ای مقررات که عامل تابعیت را مدنظر قرار داده و مقرر داشته‌اند که داور واحد یا سرداور باید از کشوری غیر از کشور هم تابعیت طرفین انتخاب شوند، علاوه بر اینکه عدول از این محدودیت را در صورتی که اوضاع و احوال اقتضا نماید و طرفین در مهلت مقرر نسبت به آن اعتراض نکنند، تجویز نموده‌اند، بر این واقعیت نیز تأکید نموده‌اند که: «قاعده یاد شده مربوط به موردی است که دیوان بین‌المللی داوری به عنوان مقام منصوب کننده، داور واحد یا سرداور را انتخاب می‌نماید و در غیر این صورت، طرفین در انتخاب داور اختصاصی یا داور مشترک آزادی دارند و تابعیت مانعی برای آنان نخواهد بود» (همان، ص ۱۴).

۷. صلاحیت داوران

یکی از موضوعات مهمی که بایستی در رسیدگی داوری تجاری بین‌المللی مدنظر قرار گیرد مسأله صلاحیت مرجع داوری است. مطابق ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز مقرر شده: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند». در واقع در داوری مبنای صلاحیت داور همان موافقتنامه داوری است. لذا داور برای تشخیص حدود صلاحیت خود ناچار از مراجعه به قرارداد داوری و تفسیر و تجزیه و تحلیل آن است تا به درستی بتواند به موضوعات ارجاعی به داوری در چهارچوب خواست و اراده طرفین عمل کند. قرارداد یا توافقنامه داوری ممکن است به صورت قراردادی مستقل باشد و یا بصورت شرطی ضمن قرارداد اصلی. عبارت ذیل بند ۱ ماده قانونی صدرالذکر دقیقاً

۱. صفایی، سیدحسین، سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷،

۱۵۴..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

رفع ابهامات احتمالی در این فرض را هدف قرار داده و مقرر داشته: «شرط داوری که به صورت جزیی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الایثر بودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

مفاد مقرر مذکور که تحت عنوان «استقلال شرط داوری» شهرت دارد، اصلی است که مورد پذیرش رویه‌های قضایی کشورهای مختلف و بسیاری از علمای حقوق قرار گرفته است و جهاتی از قبیل اراده مفروض طرفین، وجود قاعده مادی مستقل بین‌المللی بر پذیرش آن و بیش از هر چیز فایده عملی این اصل، جهانی شدن آن را در پی داشته است.^۱ لذا از این اصل به عنوان اصلی بنیادین ناظر بر موافقتنامه داوری یاد شده که در اکثر کشورها و سازمان‌های بین‌المللی گرایش به مستقل دانستن آن از قرارداد اصلی دیده می‌شود.^۲

این اصل بیانگر اهمیت شرط داوری و اصل موسع بودن و اختیارات داور است، اصل اختیار داور جهت رسیدگی به صلاحیت خویش، اصلی کاملاً پذیرفته شده در قوانین داوری است.

۸. اختیار صدور قرارهای تامین توسط داوران

در زمینه صدور قرارهای تامین، برخی معتقدند از آنجا که داوری همواره مبتنی بر تراضی و استثنای بر اصل است، اختیار مرجع داوری برای صدور دستور اقدامات

۱. اسکینی، ربیعا، مبانی نظری اصل استقلال موافقتنامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، ص ۲۸.

۲. صلح‌چی، محمدعلی، استقلال شرط داوری در قراردادهای بین‌المللی، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست (دانشگاه علامه طباطبایی)، شماره ۳۱، سال ۱۲، زمستان ۱۳۸۹

تأمینی، محتاج تصریح است.^۱ اما نظر غالب این است که حتی در فرض عدم تصریح به اختیار صدور دستور موقت، داور از چنین اختیاری برخوردار است.^۲ به لحاظ نظری گفته شده: «در داوری‌های امروز صلاحیت موازی دادگاه داخلی و مرجع داوری جهت صدور دستورها و قرارهای موقت و حمایتی پذیرفته شده است؛ یعنی طرف دعوی اصولاً می‌تواند برای صدور چنین قرارهایی هم به دادگاه داخلی صلاحیتدار و هم به مرجع داوری مراجعه کند و رجوع به مرجع قضایی اعراض از صلاحیت داور، برای رسیدگی به ماهیت دعوی، محسوب نخواهد شد»^۳ بنابراین داوران به لحاظ نظم عمومی بین‌المللی^۴ و بررسی قواعد محل تشکیل داوری باید مطمئن شوند که صدور قرار تأمین یا دستور موقت یا هر دستور دیگر با نظم عمومی بین‌المللی موجود در قانون شکلی آن محل تعارض نداشته باشد. مثلاً با عنایت به ضرورت مستدل بودن رأی داوری در صورتی که بر اساس قانون آیین دادرسی محل داوری صدور قرار تأمین یا دستور موقت منحصراً در صلاحیت دادگاه باشد، ممکن است این حکم را مختص داوری ملی تفسیر کرد، نه برای داوری‌های بین‌المللی.^۵

۱. مجبئی، محسن، اقدامات تأمینی در داوری تجاری بین‌المللی، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۹۰، ص ۱۸۱.

۲. پیران، حسن، دستور موقت در داوری بین‌المللی، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۹۰

۳. صفایی، سیدحسین، سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷،

۴. international public order

۵. صفایی، سیدحسین، سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷،

۹. محدودیت‌های اراده از حیث قواعد حاکم بر آیین داورى

مراد از آیین داورى، قواعد حاکم بر جنبه‌های شکلی داورى است که معمولاً بخش قابل توجهی از قوانین داورى کشورها و قواعد داورى سازمان‌های داورى را به خود اختصاص می‌دهد. اصولاً، طرفین داورى می‌توانند آیین داورى را که شامل نحوه عمل داور، روش اداره داورى، ارزیابی ادله و مانند آن را خودشان مشخص نمایند.^۱ چنانکه از جمله در مورد کنوانسیون واشنگتن به عنوان کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذارى بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر، بر اعطای آزادی عمل قابل توجه به طرفین تأکید شده است.^۲

البته از جهت قواعد داورى اصل بر حاکمیت قواعد محل داورى است، اما «از آنجا که داورى مبتنی بر اراده طرفین است و گرایش به رهایی از سلطه دولت و مقررات دولتی دارد، در آیین دادرسی نیز تابع قانون حاکمیت اراده است»^۳ یعنی برخلاف روش رسیدگی در مراجع قضایی که تابع آیین دادرسی عام و ثابت است در داورى، طرفین می‌توانند شیوه رسیدگی را مطابق صلاحدید و سلیقه خود انتخاب نمایند.^۴ با توجه به رویه جاری در داورى تجاری بین‌الملل و قواعد ملّی کشورها و نیز

۱. سروری مقدم، مصطفی، مقایسه جایگاه دادگاه و داورى در حل اختلافات تجاری بین‌المللی، آموزه‌های حقوقی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳، بهار ۱۳۸۹،

۲. آرون بروشه، قانون حاکم و اجرای احکام در داورى‌های موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذارى بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی بین‌المللی (مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۶۸

۳. صفایی، سیدحسین، سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داورى تجاری بین‌المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷،

۴. مشکان، مشکور، داورى سازمانی در حقوق ایران با تأکید بر مقررات مرکز منطقه‌ای داورى تهران و مقررات مرکز داورى اتاق ایران، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داورى در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۹۰،

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۵۷

قواعد سازمان‌های بین‌المللی می‌توان قائل به این شد که در تعیین قواعد حاکم بر داوری، اصل بر آزادی اراده طرفین است. این اصل به این نحو شکل می‌گیرد که الف) قواعد و رویه‌های مورد اشاره بر آزادی طرفین به شرط رعایت احکام آمره همان قواعد تأکید نموده‌اند ب) احکام آمره مقرر در قواعد مورد اشاره، معدود و انگشت شمارند. و آنکه نوعاً این احکام آمره راجع به آیین‌ها و نظاماتی هستند که زمینه رسیدگی عادلانه را فراهم نموده مورد توافق طرفین می‌باشند. همانطور که برخی از اساتید حقوق یادآور شده‌اند، در عرصه تجارت بین‌الملل در خصوص قواعد حاکم بر داوری سه نظر ارائه شده است:^۱

نظریه نخست اینکه: در صورت عدم انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین، مقررات حقوق بین‌الملل عمومی حاکم بر آیین داوری خواهد بود.

نظریه دوم که در واقع ردپای آن در برخی قوانین داخلی کشورها مانند قانون مورخ ۱۳ ژوئن ۱۹۲۹ سوئد یا برخی منابع حقوقی بین‌المللی مانند قطعنامه موسسه حقوق بین‌الملل آمستردام در سال ۱۹۵۷ مشاهده می‌شود، قانون حاکم بر آیین داوری را، قانون محل داوری می‌داند. به موجب نظریه سوم که تحت عنوان نظریه قانون قرارداد نیز از آن یاد می‌شود، قانون حاکم بر آیین داوری، قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند. به این معنی که اولاً طرفین آزادانه حق انتخاب قانون حاکم بر آیین داوری را دارند و ثانیاً داوران نمی‌توانند جز قانون منتخب طرفین را بر داوری اعمال کنند. این نظریه بیشترین طرفداران را به خود اختصاص داده است.

در پاسخ به این سوال که چنانچه طرفین قواعد حاکم بر آیین داوری را انتخاب نکرده باشند، چه قواعدی حاکم خواهد بود باید گفت امروزه تدریجاً این اندیشه در داوری تجاری بین‌المللی قوت گرفته است که در فرض سکوت طرفین، داور در

۱. اسکینی، ربیعا، مبانی نظری اصل استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، ص ۲۸.

۱۵۸..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری آزاد است بدون اینکه الزامی به تبعیت از قانون محل داوری و یا حتی یک قانون ملی داشته باشد. همچنانکه می‌تواند قواعد فراملی و اصول کلی حقوقی را بر آیین داوری حاکم نماید.

۱۰. محل داوری

در داوری تجاری بین‌المللی، محل داوری از جهات گوناگون حائز اهمیت ویژه است؛ بررسی اجمالی قواعد و مقررات مربوط به داوری تجاری بین‌المللی نشان می‌دهد که بسیاری از این قوانین صریحاً، حاکمیت اراده طرفین در انتخاب محل داوری را مورد تأکید قرار داده‌اند. مثلاً به موجب بند ۱ ماده ۲۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر شده: «داوری در محل مورد توافق طرفین انجام می‌شود. در صورت عدم توافق، محل داوری با توجه به اوضاع و احوال دعوی و سهولت دسترسی طرفین توسط داور تعیین می‌شود». این حکم نیز مانند بسیاری از قواعد و مقررات قانون داوری تجاری بین‌المللی و نیز مانند رویه معمول در بسیاری کشورها، از قانون نمونه آنسیترال^۱ اقتباس شده است. به موجب ماده ۲۰ قانون نمونه مقرر شده: «طرفین آزادند در مورد محل داوری توافق کنند. در صورت نبود چنین توافقی، محل داوری با توجه به اوضاع و احوال دعوا، از جمله راحتی طرفین، توسط دیوان داوری تعیین خواهد شد».

۱۱. اراده طرفین مبنای داوری

همچنین برخی نویسندگان حقوقی تصریح نموده‌اند در داوری تجاری بین‌المللی، اراده طرف‌ها در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی، مبنا و اساس کار است و داوران ملزم به رعایت قانونی هستند که طرفین انتخاب کرده‌اند تا آنجا که اگر طرفین قانون

۱. UNCITRAL: UN Commission for the International Trade Law

حاکم بر ماهیت دعوی را تعیین کرده باشند اصولاً داور نمی‌تواند از آن عدول کند.^۱ «مطالعه قراردادهای تجاری بین‌المللی نشان می‌دهد که در اغلب موارد متعاملین، داور را که مکلف به رعایت مقررات ماهوی یک حقوق‌مآلی می‌کنند (حقوق‌مآلی یکی از طرفین و یا حقوق یک کشور ثالث)^۲ و از طرفی اصولاً «در داوری تجاری بین‌المللی، توافق تصریح طرفین درباره تعیین قانون ماهوی حاکم، معیار اصلی تعیین قانون ماهوی حاکم است»^۳

۱۲. قانون مرجع در داوری

در خصوص امکان توافق طرفین برای حاکم نمودن بیش از یک قانون بر ماهیت دعوی، در قواعد داوری بین‌المللی، نفیاً یا اثباتاً حکم صریحی مشاهده نمی‌شود لکن همانطور که شرایط حاکم بر قراردادهای بین‌المللی به گونه‌ای است که اصولاً بر جنبه‌ها مختلف قرارداد و دعاوی مربوط به آن قوانین مختلفی حکومت می‌نماید یعنی به عنوان مثال از حیث آیین دادرسی قانون مقرر، از حیث شکل قرارداد، قانون محل تنظیم قرارداد، از حیث مسائل مربوط به اهلیت طرفین قانون کشور متبوع و از حیث چگونگی اجرا قانون محل اجرا قابل توجه‌اند، منطق حقوقی، اصل حاکمیت اراده و رویه عملی داوری تجاری بین‌المللی، منع اصولی برای چنین انتخابی با توافق طرفین قائل نیست. چرا که ضرورت تبعیت داوری از یک نظام حقوقی امری بدیهی و مورد تأکید بسیار از حقوقدانان است.^۴ از جهت رویه‌های داوری نیز اصل آزادی اراده برای انتخاب بیش از

۱. کریم پورعلی آبادی، آزادی اراده طرف‌ها در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا، داوری، شماره ۳۵، آذرماه ۱۳۸۸، ص ۱۴.

۲. اسکینی، ربیعا، منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی (مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره هفتم، زمستان ۱۳۶۵،

۳. جعفریان، منصور، قانون ماهوی حاکم در لایحه داوری، مجلس و پژوهش، شماره ۱۵، سال سوم، فروردین و اردیبهشت ۱۳۷۴،

۴. Smith. Sir. Ian., "The Vienna Convention on the Law of Treaties", Manchester University, ۱۹۹۰, p: ۹۵

۱۶۰..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

یک قانون جهت حکومت بر دعوی آراء زیادی مورد پذیرش واقع شده است. در خصوص آزادی اراده طرفین داوری، برای انتخاب قواعدی غیر از قانون ملی یک یا چند کشور نیز علی‌رغم سکوت قواعد و مقررات حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی، به نظر برخی اساتید حقوق و نیز بر حسب رویه‌های داوری تجاری بین‌المللی معنی بر سر راه اراده آزاد طرفین ملاحظه نمی‌شود. بلکه برعکس تاکید شده است که: «طرفین می‌توانند به صراحت قواعدی غیر از قانون ملی، برای رسیدگی به ماهیت دعوی را انتخاب کنند. قواعدی که توسط دیوان‌های داوری قابل اعمال تشخیص داده شده‌اند، عبارتند از: قواعد و عرف و رسم تجارت بین‌الملل، اصول مشترک قوانین دو کشور، اصول کلی حقوق بین‌الملل، اصول کلی حقوق تجارت، اصول مشترک بین چند سیستم حقوقی، اصول حقوق بین‌الملل قراردادهای و اصول حقوق بین‌الملل»^۱

۱۳. تاثیر نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی

مبنای اساسی محدودیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی، نظم عمومی، قواعد آمره و اخلاق حسنه می‌باشد از همین روست که چه در قواعد و موازین بین‌المللی، چه در قواعد ملی راجع به داوری و چه در رویه‌های عملی تجاری بین‌المللی، همواره بر نظم عمومی و نقش تعیین کننده آن تاکید شده است، در حالی که در مورد اخلاق حسنه و قواعد آمره چنین تاکید ملاحظه نمی‌شود. در متن قواعد و مقررات بین‌المللی و قوانین ملی صراحتاً از نظم عمومی به عنوان یکی از موانع اجرای رای داوری یاد شده است. به عنوان مثال: به موجب ماده ۵ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، در صورتی که شناسایی و اجرای رای داوری، مغایر نظم

۱. نیکبخت، حمیدرضا، مسئولیت سازمان داوری، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۹۰، ص ۷۹.

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۶۱

عمومی کشور محل شناسایی و اجرای رای باشد، به تشخیص کشوری که شناسایی و اجرا در آنجا درخواست شده است، رای مزبور قابل ابطال خواهد بود. همچنین وفق بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در صورتی که رای مخالف نظم عمومی باشد اساساً باطل و غیرقابل اجرا است. منظور از قواعد نظم عمومی تمام مقررات و قواعد آمره نیستند بلکه فقط آن دسته مقررات و قواعد آمره را شامل می‌شود که قاضی دادگاه رای داوری را نمی‌تواند برخلاف آن قاعده بپذیرد. این قواعد باید بنیادی‌ترین مفاهیم و ارزش‌های اجتماعی را نمایندگی کنند بنابراین نمی‌توان هر قاعده نظم عمومی داخلی را به روابط بین‌الملل تسری داد.

از دهه ۱۹۷۰ به بعد نگرشی جدیدی در خصوص داوری دعاوی مغایر با نظم عمومی مطرح شد. طبق این دیدگاه به داوران اجازه داده می‌شود به دعاوی مرتبط با منافع عمومی حتی در صورتی که قرارداد اصلی واقعاً هم مغایر منافع عمومی باشد رسیدگی کنند. برخی نظم عمومی را به نظم عمومی ماهوی و شکلی تقسیم نموده و در خصوص نظم عمومی شکلی گفته شده: «مفهوم نظم عمومی تشریفاتی و شکلی مهم‌ترین قواعد عمومی شکلی در رابطه با داوری است» که در سطح جهانی به رسمیت شناخته شده است.^۱

رعایت ملاحظات نظم عمومی شکلی در داوری بین‌المللی به دو مرحله تقسیم می‌شود: مرحله اول که همان مرحله داوری است، به دوره قبل از صدور رای داوری مربوط می‌شود. حقوق مورد نظر در این مرحله همان اصول دادرسی منصفانه است. مرحله دوم مرحله صدور رای است که ناظر به شرایط شکلی رای داوری است که اغلب به حقوق اساسی و طبیعی طرفین مثل لزوم استدلال و استناد در رای که در برخی کشورها در زمره ملاحظات نظم عمومی است، مربوط می‌شوند. البته امروزه در داوری‌های تجاری بین‌المللی گرایش به سمت کاهش محدودیت‌های مربوط به نظم

۱. ایران‌شاهی، علیرضا؛ (۱۳۹۰). بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری

بین‌المللی، حقوق بین‌الملل، ش ۴۴، ص ۸۲

عمومی در بحث قابلیت ارجاع موضوع به داوری است.^۱ اما شاید مهمتر از همه تاثیر نظم عمومی در مرحله اجرای آرای داوری خارجی باشد چرا که در عمل ضمانت اجرای رعایت نظم عمومی در هر یک از شوئون و مراحل داوری در این مرحله اعمال می‌گردد. لذا مطابق بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک که مهمترین سند بین‌المللی در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی محسوب می‌شود، مغایرت مفاد رای با نظم عمومی کشور محل اجرا به عنوان یکی از موانع اجرای آرای داوری احصا شده است. بدین ترتیب برخلاف برخی اظهارنظرها مبنی بر اینکه منظور از نظم عمومی در داوری‌های تجاری بین‌المللی همان مفهوم نظم عمومی حقوق بین‌الملل خصوصی است نه نظم عمومی داخلی^۲، به نظر می‌رسد نقش آفرینی نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی منحصر به برخی اقسام و مفاهیم آن نبوده و در مراحل و جنبه‌های مختلف داوری، ممکن است یک یا چند قسم یا مفهوم از نظم عمومی مورد توجه و متابعت داور بین‌المللی قرار گیرد.

نتیجه‌گیری

یکی از مباحث مهم در حقوق تجارت بین‌المللی، تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی است. در تعیین داوران، اصل حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی از جایگاه برجسته و ممتازی برخوردار است، زیرا که اصل اولیه مبتنی بر آزادی اراده طرفین است و اصولاً داوری واجد ماهیت قرار دادی و مبتنی بر آزادی اراده طرفین در مراحل مختلف از ابتدا تا انتها است. اما این موضوع به معنی آزادی مطلق طرفین نیست و در مراحل مختلف فرآیند داوری محدودیت‌هایی برای اراده آزاد آنان وجود دارد با توجه به گسترش روزافزون داوری تجاری بین‌المللی به تدریج از این محدودیت‌ها کاسته شده و رویه‌ای جهت یکنواختی قواعد و مقررات

۱. جنیدی، لعیا، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران ۱۳۷۶،

۲. جنیدی، لعیا، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران ۱۳۷۶،

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۶۳

بین‌المللی به چشم می‌خورد. با مطالعه رویه‌های حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی به این نتیجه می‌رسیم که امروزه دیگر دستیابی به نظام واحد داوری تجاری بین‌المللی که مورد قبول و پذیرش اکثر کشورهای جهان باشد چندان دور از ذهن به نظر نمی‌رسد. گرایش به آزادی اراده در داوری تجاری بین‌المللی هرگز به معنای آزادی مطلق اراده نیست و تنها حذف برخی محدودیت‌ها و قید و بندهای غیرضروری و محتاطانه گذشته را در پی داشته و در عین حال برخی محدودیت‌های مبنایی را تجویز می‌نماید. از جمله محدودیت‌هایی که در طی مراحل مختلف فرآیند داوری می‌توان ذکر نمود شامل: ۱. محدودیت‌های مقرر در قوانین داخلی و ملی کشورها که ریشه در تجربیات تلخ استعماری و سوءاستفاده تاریخی منابع ملی این کشورها و احتیاط‌های قانونگذاران گذشته را دارد. چنین محدودیت‌هایی امروزه در داوری تجاری بین‌المللی کنار گذاشته شده و داوران با توجه به واقعیات امروز تجارت بین‌الملل به دنبال تحدید و تعدیل و رفع این موانع و محدودیت‌ها می‌باشند.

۲. محدودیت‌های مبتنی بر نظم عمومی بویژه نظم عمومی کشور مقرر داوری که رای بایستی در آنجا اجرا گردد، چرا که عدم توجه داوران بین‌المللی به این مساله موجب عدم امکان اجرای آرای داوری خواهد شد.

۳. محدودیت‌های مبتنی بر تعارض قواعد ملی کشورها با قواعد بین‌المللی که باعث می‌شود داوران قواعد بین‌المللی را بر قواعد ملی ترجیح دهند.

همچنین می‌توان گفت قواعد آمره مربوط به نظم عمومی تجاری، اساسی‌ترین مبنای محدودیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی است. قواعد آمره و اخلاق حسنه به عنوان عوامل محدود کننده اراده محسوب می‌شوند و با توجه به نقش مبنایی و مفهوم گسترده نظم عمومی، نظم عمومی در معنای اعم به عنوان مهم‌ترین عامل محدودکننده اراده می‌باشد. با توجه به اینکه اجرای آرای داوری به موجب مقررات و تحت نظارت مراجع صالح کشور محل اجرای رای داوری انجام می‌شود، در عمل اعمال نظم عمومی کشور محل اجرای رای نسبت به هر مقررات دیگر اولویت می‌یابد بنابراین اختیارات داوران در

۱۶۴..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

داوری تجاری بین المللی تابع محدودیت‌هایی مانند نظم عمومی و قواعد آمره است.

منابع فارسی:

۱. اسکینی، ربیعا، مبانی نظری اصل استقلال موافقتنامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، ص ۲۸.
۲. اسکینی، ربیعا، منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی (مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره هفتم، زمستان ۱۳۶۵،
۳. اسکینی، ربیعا، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، نشر دانش امروز، ۱۳۷۱
۴. اشمیتوف، کلایو ام، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و دیگران، انتشارات سمت، جلد دوم، چاپ اول، تهران ۱۳۷۸،
۵. امیر معزی، احمد. (۱۳۸۸). نیابت در روابط تجاری و مدنی، تهران: دادگستر.
۶. اول لندو، حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره پنجم، بهار ۱۳۶۵،
۷. ایرانشاهی، علیرضا؛ (۱۳۹۰). بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل، ش ۴۴
۸. آرون بروشه، قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی بین‌المللی (مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۶۸،
۹. پیران، حسن، دستور موقت در داوری بین‌المللی، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۹۰

- ۱۶۶..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷
۱۰. جعفریان، منصور، قانون ماهوی حاکم در لایحه داوری، مجلس و پژوهش، شماره ۱۵، سال سوم، فروردین و اردیبهشت ۱۳۷۴،
۱۱. جنیدی، لعیا، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران ۱۳۷۶،
۱۲. جولیان دی ام لیو همکاران ترجمه فیض‌الله جعفری، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۷: ۱۶۱-۱۶۲
۱۳. حسین آبادی، امیر، موارد بطلان رأی داور، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول ۱۳۹۰،
۱۴. خدری، صالح (۱۳۹۴). دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶ - شماره ۲.
۱۵. خزاعی، حسین، داور در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی، مجله کانون وکلای دادگستری خراسان، شماره ۲، سال دوم، ۱۳۸۵
۱۶. دشتی و کریمی، (۱۳۹۲)، مطالعه تطبیقی داوری رضایی یا تشریفاتی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱، دانشگاه علوم قضایی تهران،
۱۷. سروری مقدم، مصطفی، مقایسه جایگاه دادگاه و داوری در حل اختلافات تجاری بین‌المللی، آموزه‌های حقوقی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳، بهار ۱۳۸۹،
۱۸. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوقدان، چاپ اول، تهران، پاییز ۱۳۷۷،
۱۹. شیروی، عبدالحسین، تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره ۳، پاییز ۱۳۷۸
۲۰. شیروی، عبدالحسین، نقش آنسیترال در توسعه حقوق تجارت بین‌الملل؛ مجله آوای عدالت، شماره ۱۹، ۱۳۸۶،

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۶۷

۲۱. صادقی مقدم، محمدحسین و همکاران (۱۳۹۱). تشخیص معیار تبعیت در عقود تبعی و آثار آن در حقوق ایران، فرانسه و انگلیس، پژوهش‌های حقوق تطبیقی زمستان- شماره ۱.

۲۲. صفایی، سیدحسین، سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷،

۲۳. صلح چی، محمدعلی، استقلال شرط داوری در قراردادهای بین‌المللی، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست (دانشگاه علامه طباطبایی)، شماره ۳۱، سال ۱۲، زمستان ۱۳۸۹

۲۴. علیزاده، عبد الرضا، مقایسه قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و برخی قوانین دیگر (قسمت اول)، بصیر، ۱۳۸۰

۲۵. عیسی تفرشی، محمد و اسدی نژاد، سیدمحمد، ویژگی‌های مقررات داوری سازمان جهانی مالکیت فکری و مقایسه آن با قانون داوری تجاری بین‌المللی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۱، بهار ۱۳۸۷

۲۶. فونتین، مارسل، شرط هارد شیپ، تطبیق قراردادی نظریه عدم پیش‌بینی در قراردادهای بین‌المللی طولانی‌مدت، حقوق و رویه تجارت بین‌الملل، سال ۱۹۷۶.

۲۷. کاکاوند، محمد، آزادی اراده طرف‌ها در داوری تجاری بین‌المللی، منتشره در سایت مرکز داوری اتاق ایران به نشانی:

(<http://arbitration.ir/new/web/uploads/media/dc۸۲۷۴cd۶۵d۳۶۶۳۲۴۳۶e۹f۴cba۴c۸bde df۰be۱۱۳.pdf>).

۲۸. کاویانی، کورش، اصل ۱۳۹ قانون اسلامی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست (دانشگاه علامه طباطبایی)، شماره ۵، پاییز و زمستان ۸۸، ص ۱۳۲.

۲۹. کریم پورعلی آبادی، آزادی اراده طرف‌ها در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا،

۱۶۸..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

داوری، شماره ۳۵، آذرماه ۱۳۸۸، ص ۱۴.

۳۰. کریمی، عباس و پرتو، حمید رضا، «داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی

۳۱. محبی، محسن، اقدامات تأمینی در داوری تجاری بین‌المللی، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۹۰، ص ۱۸۱.

۳۲. محسنی، فریده، سلب مالکیت در رویه دیوان داوری ایران- ایالات متحده آمریکا، انتشارات فردافر، چاپ دوم، تهران ۱۳۸۹،

۳۳. مشکان، مشکور، داوری سازمانی در حقوق ایران با تأکید بر مقررات مرکز منطقه‌ای داوری تهران و مقررات مرکز داوری اتاق ایران، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۹۰،

۳۴. نعیمی. م. (۱۳۹۰). دانشگاه آزاد انزلی، تقریرات درس داوری بین‌المللی.

۳۵. نیکبخت، حمیدرضا، مسئولیت سازمان داوری، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۹۰، ص ۷۹.

۳۶. هنری دو وریز، داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۷۶.

منابع انگلیسی:

۳۷. Fucherd, Peter; The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective, Fordham International Law Journal, Vol. ۱۲, ۱۹۸۹

۳۸. Marrella & Yoo, ۲۰۰۷, Cross-border Internet Dispute Resolution, Cambridge University press, London,

تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی.....۱۶۹

۳۹. Mercede, Peter ۲۰۰۲ Italian Arbitration in International, Handbook on Commercial Arbitration, [Http://www.bing.Com](http://www.bing.Com).

۴۰. Mustill & Boyd, ۱۹۸۲, "The Paris Court of Appeal Looks at a Request for the Annulment of an Award for Breach of EC Competition Law", International Arbitration Law Review, Case Comment.

۴۱. Russell, ۱۹۷۹. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/۹۸/۴) Award rendered on December

۴۲. Smit, Hans, Proper Choice of Law and The Lex Mercatoria, Lex Mercatoria and Arbitration, Edited by Thomas E. Carbonneau, ۱۹۹۰, P: ۹۵

۴۳. tairaterces, Heinz, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", IBA Journal of Dispute Resolution, Special Issue, ۲۰۰۸,

۴۴. UNCITRAL: UN Commission for the International Trade Law

۴۵. Van den Berg, "Refusals of Enforcement under the New York Convention of ۱۹۵۸: the Unfortunate Few", Special Supplement ۱۹۹۹: Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration's ۷۵th Anniversary Conference, ۱۹۹۹, p. ۷۷; Van den Berg, The New York ... op. cit.

۴۶. Van den Bergo, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of ۱۹۵۸, Kluwer Law and Taxation Publishers, ۱۹۸۱.

قوانین:

- قانون تجارت ایران (۱۳۱۱)

- قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶)

- قانون نمونه داوری آنسیترال (۲۰۰۰)

- کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی سازمان ملل مرسوم به

۱۷۰..... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

کنوانسیون نیویورک (۱۹۵۸)