

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2020S4D13SH19M ISSN-P: 2538-3701

شرایط و ماهیت حقوقی قرارداد داوری

(تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۱۰/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۳/۱۲)

اسلام نیکنام

کارشناس ارشد حقوق

چکیده

نهاد داوری اساساً یک توافق در ایجاد عدالت خصوصی از طریق یک مرجع غیردولتی است. باید دید نهاد داوری از چه ماهیتی برخوردار است. در رابطه با ماهیت نهاد داوری اتفاق نظر وجود ندارد و ماهیت این نهاد حقوقی مدت‌ها موضوع مناظره و چالش و اظهارنظرهایی بوده است که له و علیه آن صورت گرفته است. در این مورد چهار نظریه ماهیت قراردادی، ماهیت صلاحیتی، ماهیت مختلط و ماهیت مستقل یا خود آیین وجود دارد. پذیرش هر کدام از این نظریه‌ها می‌تواند آثار و نتایج متفاوتی بر داوری داشته باشد. از آنجائی که طرز فکر دادگاه‌های ملی در مورد داوری تجاری بین‌المللی بر جریان داوری تأثیرگذار است ما بر آنیم که به این سؤال پاسخ دهیم که ماهیت نهاد داوری در قالب کدام یک از این چهار نظریه قابل توجیه است. ارزیابی نظریات چهارگانه با نگاهی به ماهیت و قلمرو اختیارات داوران، موقعیت آرای داوری و موضوع انتخاب قانون مناسب موردبررسی قرار می‌گیرد. یافته‌های این مقاله حاکی از این است که نهاد داوری واجد هر دو اثر قراردادی و قضایی است که این امر به‌نوبه خود انعکاسی از توافق طرفین و حاکمیت قانون محل برگزاری داوری است. در این نظریه عناصر صلاحیتی و قراردادی داوری به‌طور جدایی‌ناپذیر درهم تنیده شده است.

واژگان کلیدی: قراردادی، صلاحیتی، مختلط، مستقل، داور

۳۳۳



در مورد ماهیت نهاد داوری چهار نظریه مختلف وجود دارد: داوری قراردادی است که با قصد و رضای طرفین منعقد می‌شود و طرفین دعوا متعهد می‌شوند که حل و فیصله منازعه و اختلاف خود را به شخصی غیررسمی واگذار کنند. یکی از پرسش‌های اساسی در داوری، مسئله ماهیت حقوقی داوری است. به عبارت دیگر باید دید داوری دارای چه نوع ماهیتی است؟ در واقع، مشخص شود که مرجع داوری اختیار استماع و اتخاذ تصمیم نسبت به دعوی را از کجا اخذ کرده است؟ داوری گاهی به یک عمل قراردادی نزدیک می‌شود و گاهی به یک عمل قضایی و یا شبه قضایی که هر کدام از این حالات، می‌تواند اثرات مختلفی را بر داوری و داوران و رأی داور داشته باشد؛ زیرا اگر ماهیت داوری قراردادی باشد، طرفین اختلاف، اصولاً خواهند توانست با توافق، هرگونه اختلافی را به داور منتخب خود واگذار نمایند. هدف از داوری قراردادی یا اختیاری این است که طرفین اختلاف با توافق هم تصمیم بگیرند که دعوی بین آنها به وسیله داوری انجام شود و شخص یا اشخاصی را به عنوان داور یا داوران انتخاب کرده و خود را تابع حکومت آنان در امر مورد اختلاف قرار دهند. در نظریه قراردادی، داوری نهادی است که ریشه در قرارداد فی مابین طرفین دارد و می‌باید مطابق تمایل آنان مدیریت شود. اگر ماهیت نهاد داوری، صلاحیتی باشد، داوری یک روش شبه قضایی است که ریشه در قرارداد طرفین دارد. بر طبق نظریه مختلط که ماهیت داوری را ترکیبی از نظریه‌های قراردادی و صلاحیتی می‌داند از یک سو طرفین برای انعقاد یک قرارداد داوری و انتخاب داوران، آزادند و انتخاب قانون حاکم مبتنی بر ماهیت قراردادی داوری است و از سوی دیگر، نقش قضایی داوری مربوط به جریان رسیدگی داوری و اعتبار توافق‌نامه داوری است که منوط به رعایت قواعد آمره و نظم عمومی محل داوری است. به موجب این نظریه، نهاد داوری یک شیوه دومارحله‌ای است که در مرحله اول جنبه خصوصی دارد و کاملاً متکی به اراده طرفین است. در مرحله دوم یا مرحله اجرای رأی، داوری واجد ویژگی عمومی می‌باشد که مستلزم نظارت دولت بر داوری است. در نتیجه، داوری مفهومی است که در آن

منشأ قراردادی و غایت صلاحیتی با یکدیگر هم زیستی دارند. بر مبنای نظریه مستقل یا خود آیین، نهاد داوری شیوه‌های خود انتظام، خود اختیار و متکی به خود در معاملات تجاری بین‌المللی به شمار می‌رود و منظور از آن اجرای اهداف جامعه تجار در سراسر جهان است. در این قسمت، پس از تعریف و توضیح هر یک از نظریه‌ها، به اثر پذیرش هر یک از آنها در موقعیت داوران، ماهیت آراء داوری و انتخاب قانون مناسب می‌پردازیم. توجه به این نکته ضروری است که هیچ‌یک از نظریات مطروحه از لحاظ نظری و عملی حمایت جهانی یا حتی منطقه‌ای را به خود جلب نکرده است و کشورها هر یک به فراخور نظام حقوقی خود برداشتی متفاوت از ماهیت داوری دارند.

بخش اول: ماهیت قراردادی (Contractual nature)

اولین دیدگاه، نظریه قراردادی است که بر اساس آن نهاد داوری الزاماً مبتنی بر قصد طرفین آن است که خود منشأ صلاحیت دیوان داوری را تشکیل می‌دهد. در نظریه قراردادی، نهاد داوری در حوزه حقوق قراردادها قرار دارد و اصل آزادی طرفین در این خصوص حاکم است. به دلیل اینکه نهاد داوری منحصرأ بر اساس نظریه حاکمیت اراده قرار دارد، برخی آن را واجد وصف قراردادی تلقی می‌کنند. این تلقی مستلزم شناسایی این امر است که موافقت‌نامه داوری دارای اهمیت دست‌اول باشد، به گونه‌ای که همه جنبه‌های فرآیند داوری را کنترل کند، چراکه در فقدان موافقت‌نامه، هیچ نوع از داوری نمی‌تواند موجود باشد. طبق این نظریه، قرارداد منشأ داوری است و قرارداد است که به داوری اعتبار می‌بخشد. نهاد داوری یک شخصیت قراردادی دارد که از توافق طرفین سرچشمه می‌گیرد. این نوع از قرارداد، داوطلبانه بین طرفین منعقد می‌شود و به آنها اجازه می‌دهد تا زمان و مکان داوری، تعداد و شخصیت داور یا داوران خود را و نیز قانون ماهوی و آیین دادرسی حاکم بر دعوا را تعیین کنند. طبق این نظریه، نهاد داوری تکیه بر قرارداد دارد و داوران قدرتی به‌غیر از آنچه از قرارداد کسب می‌نمایند، ندارند و تصمیم آنها تکمیل و به انجام رسانیدن قراردادی است که اجرای آن را تضمین می‌نماید. به نهاد داوری نمی‌توان ماهیتی غیر از ماهیت قراردادی داد. در واقع، نهاد



داوری ماهیتی داوطلبانه دارد، نظامی است که به وسیله خود طرفین به وجود می‌آید و نظام خصوصی قضاوت و احقاق حق است. تشریفات دادرسی و صلاحیت داور توسط اصحاب دعوا تنظیم می‌شود و هم آنها هستند که بدون مداخله دستگاه قضایی دولتی، اختیارات و وظایف داوران را کنترل می‌کنند. ماهیت قراردادی نهاد داور در تعیین دو مسئله دخیل است که هر دو محل اختلاف هستند. اول این که اگر طرفین راجع به صلاحیت داور در مورد موضوعی خاص اتفاق نظر نداشته باشند آیا خود داور می‌تواند به طور قطعی تصمیم بگیرد که در خصوص مسئله مذکور صلاحیت دارد یا خیر. پاسخ به این پرسش منفی است. داور می‌تواند تنها نظر خود را در مورد موضوع بیان کند. باین وجود، حتی اگر طرفین به داور اجازه دهند که حدود صلاحیت خود را تعیین کند، سرانجام در زمانی که اجرای رأی داور درخواست می‌شود اتخاذ تصمیم در این خصوص که آیا داور از حدود اختیارات داده شده به او توسط طرفین فراتر رفته یا خیر با دادگاه است.

موضوع دوم این است که چنانچه قید داور در قرارداد اصلی درج شود آیا داور می‌تواند تصمیم بگیرد که آیا قرارداد اصلی از ابتدا باطل بوده است یا خیر؟ در واقع، موضوع اصلی این است که آیا قید داور یک قرارداد قابل تبعض و تجزیه پذیر است و با ایراد در مورد قرارداد اصلی تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد. در این صورت آیا داور برای اتخاذ تصمیم نسبت به موضوع صلاحیت خواهد داشت یا این که قید داور بخشی جدانشدنی از قرارداد اصلی را تشکیل می‌دهد. در این صورت، چنانچه ایراد موجه باشد آیا قید داور هم مانند قرارداد اصلی اثر خود را از دست خواهد داد؟ پاسخ این موضوع به تفسیر قصد طرفین بستگی دارد که یا باید از نحوه کلمات قید داور فراهم آید یا ضرورتاً از طریق دلالت ضمنی استنباط شود. اگر ادعا شود که قرارداد اصلی به دلیل واقعه‌ای که متعاقب بر انعقاد معتبر آن است. به پایان رسیده، قید داور دارای اعتبار بوده و داور واجد صلاحیت تلقی می‌گردد. در موردی که ادعا شود خود قید داور به موجب تقلب یا اشتباهی مرتبط تحصیل شده یا هنگامی که ادعا شود که طرفین اختلاف با درج قید داور در قرارداد اصلی موافقت نکرده‌اند موضوع متفاوت است؛ زیرا در

اینجا اعتراض متوجه موافقت‌نامه داوری است نه قرارداد اصلی. در مورد ایراد وارد بر اعتبار قید داوری که منشأ صلاحیت داور است تنها دادگاه می‌تواند تصمیم نهایی را اتخاذ کند. در اکثر دادگاه‌ها نیز سازوکار داوری تجاری بین‌المللی به‌طور غیرقابل‌انکاری بر اساس نظریه قراردادی توجیه می‌شود. با توجه به میل تجار به حل و فصل اختلافات به روشی غیررسمی و انعطاف‌پذیرتر، اکثر دادگاه‌ها مایل به پیروی از نظریه قراردادی بوده و رابطه بین طرفین و داوران را به‌عنوان یک قرارداد تفسیر می‌کنند. دادگاه بازرگانی انگلیس ویژگی قراردادی داوری را در دعوی vMcDonnell Douglas Corp Union of India در سال ۱۹۹۳ به شرح زیر تعریف نموده است: یک شرط داوری در یک قرارداد بازرگانی شبیه قرارداد فعلی، یک قرارداد در درون یک قرارداد است. طرفین، معاملات بازرگانی خود را برای مثال در ارتباط با موضوع معامله با تبادل تعهدات منعقد می‌کنند، اما در ضمن بر یک دادگاه خصوصی برای حل و فصل هرگونه دعوایی که بین آنها بوجود می‌آید نیز موافقت می‌کنند. از نظر حقوقی هم می‌توان گفت که توافق طرفین در مراجعه به داوری یک نوع قرارداد خصوصی است که به حکم ماده ۱۰ قانون مدنی ایران الزام‌آور است و هر یک از طرفین بایستی به آثار و لوازم آن گردن نهد. در حقوق ایران دکتترین نیز به قراردادی بودن ماهیت نهاد داوری گرایش نشان داده است.

یک) موقعیت داوران

قرارداد داوری توافقی است بین طرفین که اساس کار داوری بر آن مبتنی است. به همین جهت، شرایط عمومی قراردادهای در مورد آنها قابلیت اعمال را دارد. قرارداد بین داور و طرفین اختلاف داور را مکلف می‌سازد که اقدامات ضروری را در جریان داوری به عمل آورد. صرف نظر از این مطلب، هدف چنین قراردادی واگذاری اختیار به اشخاص ثالث برای تصمیم‌گیری در خصوص اختلاف طرفین است. درحالی‌که قرارداد داوری منعقد شده بین طرفین دعوی مقدمه جریان رسیدگی داوری است، قرارداد لاحق بین داور و طرف‌های اختلاف وسیله‌ای در اجرای قرارداد سابق بین اطراف اختلاف محسوب می‌شود. قرارداد داوری



به تنهایی برای آغاز رسیدگی های داوری کافی نیست. به منظور انجام داوری، داور تعیین شده به وسیله طرفین در قرارداد یا بعد از آن می باید موافقت خود را با این انتخاب اعلام نماید. در مورد موقعیت داوران، طرفداران قراردادی بودن داوری، نظریه و کالت (نماینده) را که مقرر می دارد که داوران همچون قضات دادگاه های ملی هستند رد می کنند. طرفداران نظریه نمایندگی معتقدند که داوران در حقیقت نمایندگان طرفین هستند. این نظر که داوران دقیقاً شبیه قضات دادگاه های ملی هستند و قدرت و اختیارشان از قانون محلی ناشی می شود مورد تردید واقع شده است؛ زیرا داوران هیچگونه وظیفه عمومی را اجرا نمی کنند و قدرت و اختیارشان را از قرارداد طرفین به دست می آورند. به طور خلاصه داوران به عنوان نمایندگان طرفین منصوب می شوند تا اختلاف را از طرف آنها حل کنند. به علاوه آرای صادره به وسیله نمایندگان، اثر الزام آوری برای طرفین اختلاف دارد. طبق این نظر، رابطه بین طرفین و داوران از ماهیتی خصوصی بیش از ماهیت عمومی برخوردار است. در واقع، رابطه بین طرفین رابطه اصیل و نماینده است و در این رابطه، دادگاه حق مداخله ندارد، چون مبنای اختیار داور تنها موافقت نامه داوری است. به عقیده برخی از حقوق دانان این نظر صحیح نیست؛ زیرا داور هر چند منتخب طرف دعوا و اختصاصی باشد، نماینده او نیست بلکه نوعی قاضی است که حل و فصل اختلاف و اجرای عدالت را به عهده دارد و از این رو باید بی طرف و مستقل باشد. در مورد داور اختصاصی، رویه ایالات متحده بر این بوده است که داور مزبور ممکن است بر اساس توافق طرفین، نماینده طرف دعوا باشد، ولی این رویه هیچگاه در اروپا پذیرفته نشده است. نظریه نمایندگی به شدت مورد انتقاد قرار گرفته است. سه دلیل در جهت رد نظریه نمایندگی ارائه شده است:

اولاً برخلاف نماینده، داوران به جای آنکه برای به دست آوردن سود و نفع بیشتر برای طرفی که آنها را منصوب نموده است، تعیین شده باشند برای رفع (حل و فصل) اختلاف بین طرفین، منصوب می شوند تا به طور مستقل و بی طرفانه بین طرفین قضاوت نمایند. در حقیقت، داوران مکلف اند تا در یک روش بی طرفانه حقوق طرفین را تعیین کنند. چون آنها متعهد به رعایت

عدالت و انصاف برای هر دو طرفند. در نتیجه این منطق، غیرممکن است تا داوران برای به دست آوردن نفع بیشتر برای طرفی که او را منصوب نموده است به عنوان نماینده عمل نمایند، زیرا این برخلاف وظایف اساسی داوران است. ثانیاً داوران ملزمند تا از نظر مالی از کسانی که آنها را منصوب کردند مستقل باشند. با توجه به این شرط، چگونه داوران می‌توانند در جهت نفع افرادی که آنها را منصوب نمودند عمل نمایند. درحالی‌که فرض این است که آنها بی‌طرفانه و به‌طور مستقل عمل می‌کنند. اساساً داوران چگونه امکان دارد در جهت نفع افراد عمل کنند درحالی‌که نفع دو طرف در تضاد با یکدیگر است. ثالثاً طبق نظریه نمایندگی، داور در حدودی که به او اذن داده شده نماینده اصیل است. نماینده تنها می‌تواند در مورد موضوعاتی که به‌وسیله اصیل اجازه داده شده تصمیم بگیرد. تصمیم مأخوذه به‌وسیله نماینده، به‌عنوان قراردادی که اثر الزام‌آوری بر روی اصیل دارد، تلقی می‌شود. به‌هرحال، این توصیف منطبق با رابطه بین طرفین و داوران نمی‌باشد. در حقیقت، نظریه نمایندگی با واقعیت تعارض دارد. چون داوران می‌توانند اعمالی را انجام دهند که هرگز نمی‌تواند به‌وسیله طرفین انجام شود مثل احضار شهود در برخی از کشورها، یا دستور به تودیع وثیقه بر علیه یکی از طرفین. اگر این عقیده را بپذیریم که داوران وکیل طرفی که آنها را انتخاب نموده، هستند به‌طور منطقی، داوران ویژگی بی‌طرفی و استقلال خود را از دست می‌دهند. در نتیجه این اتفاق، از داوران سلب صلاحیت خواهد شد زیرا آنها اشخاص بی‌طرف محسوب نمی‌شوند. در حقوق ایران نیز برخی از حقوق‌دانان صراحتاً نماینده بودن داور را رد نموده و معتقدند که وکیل کسی است که از طرف موکل مأمور حفظ منافع خاص وی است، درحالی‌که داور در برابر اصحاب دعوا از شخصیت مستقلی برخوردار است و مأمور حق‌گزاری و دادرسی به شمار می‌رود. داور موظف به رعایت غبطه خواهان یا خواننده نیست، بلکه باید با بی‌طرفی کامل در میان آنها حکومت کند. همچنین وجود داوری اجباری در قانون ایران، مؤید عدم پذیرش نظریه نمایندگی در مورد موقعیت داوران است؛ زیرا در داوری اجباری، طرفین بدون اراده خود ملزم به رجوع به داوری می‌باشند. انتخاب داور از این حیث با نمایندگی فرق دارد که داور وکیل کسانی نیست که او را به داوری انتخاب کرده‌اند؛ زیرا شرط وکالت این است که موکل بتواند



خود مورد و کالت را به اتمام برساند. این در حالی است که انتخاب کنندگان داور صلاحیت حل اختلاف موضوع داوری را به صورت انشاء رأی و فیصله اختلاف ندارند. حل اختلاف به تراضی طرفین اختلاف، صلح نامیده می‌شود نه داوری.

دو) ماهیت آراء داوری

نظریه نمایندگی همچنین به موضوع ماهیت آرای داوری توسعه و گسترش پیدا کرده است. بر اساس نظریه نمایندگی، آرای داوری، قراردادهای منعقد به وسیله داورانی تلقی می‌شود که به عنوان نماینده طرفین عمل می‌کنند. در نتیجه، رابطه اصیل و نماینده رابطه‌ای قراردادی است که به وسیله نماینده به وجود می‌آید؛ بنابراین، رأی داور، اثر الزام‌آوری در مورد طرفین داوری دارد. آنها باید رأی داور را به عنوان یک قرارداد الزام‌آور پذیرفته و به طور داوطلبانه به مورد اجرا گذارند.

رأی داوری که به اختلاف طرفین خاتمه می‌دهد و الزام‌آور تلقی می‌شود، خود از آثار قرارداد داوری است. طرفین با نهایی کردن توافق خود ملزم به اجرای مفاد قرارداد با کلیه تبعات آن، من جمله رأی داوری می‌شوند. بنابراین، قرارداد را می‌توان مبنای تعیین ماهیت حقوقی نظام داوری و آرای صادره از مرجع داوری دانست.

چالش اصلی قراردادی بودن رأی داوری دو مورد است: اول اینکه رأی داوری بدون رضایت مرجع قضایی یک سند لازم‌الاجرا محسوب نمی‌شود و تنها دخالت مراجع قضایی است که به رأی داوری خاصیت قضایی می‌بخشد. دوم اینکه نظریه قراردادی بودن رأی داوری، تعیین محل داوری را با مشکل مواجه خواهد کرد؛ زیرا، در این صورت باید بین عوامل مختلف حل تعارض از قبیل معیار محل انعقاد قرارداد داوری، محل اجرای رأی داوری، تابعیت متعاقدین و محل رسیدگی یکی را انتخاب کرد و این انتخاب صرف نظر از ساده نبودن موضوع از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی، خود مستلزم طرح مشکل دیگر است. برای مثال، چنانچه معیار محل انعقاد مورد توجه قرار داده شود، در این صورت باید مشخص کرد محل انعقاد یک



قرارداد داوری تجاری بین‌المللی که با مکاتبه منعقد شده است کدام کشور است. در این مورد گفته شده که داوری نتیجه قرارداد بین طرفین است و نه نهادی عمومی. بنابراین، رأی داوری با یک کشور خاص مرتبط نیست و از این رو تابعیت نیز ندارد. علی‌رغم این گفته می‌توان بر این عقیده بود که قانون حاکم بر قرارداد داوری، معیار و ضابطه تعیین رأی داوری است. در مواردی که این معیار کافی نباشد، رأی وابسته به محل صدور آن فرض می‌گردد. توجه به اصول حقوق مدنی ایران در باب عقود و قراردادها نیز حاکی از این است که نمی‌توان از نظریه قراردادی بودن رأی داوری در ایران دفاع کرد. شرط رجوع به داوری در حکم قرارداد معتبری بین طرفین دعوا می‌باشد، ولی رأی داوری با وجود اینکه مستند به قرارداد داوری است از اصل قرارداد مستقل بوده و امری نیست که طرفین بر آن توافق کرده باشند. از این رو، به نظر می‌رسد که قرارداد رجوع اختلاف به داوری از جهت ماهیت شبیه به توافق طرفین دعوا در ارجاع به دادگاه دیگری هم‌عرض دادگاه صالح باشد. همان‌گونه که این قرارداد ماهیت قضایی رأی صادره از دادگاه را تغییر نمی‌دهد، قراردادی بودن شرط رجوع به داوری نیز به رأی داوری ویژگی قراردادی نمی‌بخشد. در نتیجه، معیار و ملاک وابستگی رأی داوری، محل صدور رأی است. شیوه قراردادی علاوه بر جذابیت‌های خود از برخی کاستیهای معین به‌ویژه در مورد قابلیت اجرای احکام داوری برخوردار است. تصمیمات داوری، قوت و قدرت اجرایی الزام‌آور را ندارد زیرا در بیرون از نظام قضایی انجام می‌شود. با این وجود، شاید بتوان یکی از امتیازات و مطلوبیت‌های داوری را که مهمترین ضمانت اجرای آن نیز بشمار می‌آید اجرای اختیاری آرای داوری محسوب کرد. بسیاری از آرای داوری داوطلبانه به مورد اجرا گذاشته می‌شود و کمتر اتفاق می‌افتد که محکوم له برای اجرای آرای داوری به دادگاه‌های دادگستری متوسل شود. با توجه به اینکه فرض طرفین بر این است که رأی داور یک تصمیم قابل قبول به شمار می‌رود، اجرای اختیاری رأی داوری به‌عنوان قاعده هم علت تراضی طرفین در مراجعه به داوری است و هم پیامد ضروری آن به حساب می‌آید.



سه) انتخاب قانون مناسب

در مورد انتخاب قانون مناسب، به موجب نظریه قراردادی، طرفین، از یک‌یک اختیار نامحدود در انتخاب قانون حاکم بر آیین رسیدگی و قانون مناسب حاکم بر قرارداد اصلی برخوردارند. داوران ملزم به اعمال قانون تعیین‌شده توسط طرفین هستند. زمانی که مسئله انتخاب قانون مناسب مطرح می‌شود داوران باید به قرارداد یا توافق داوری برای یافتن قانون ماهوی بر طبق تصریح طرفین یا خواسته ضمنی آنها توجه نمایند. در صورت عدم تصریح طرفین بر انتخاب قانون مناسب، داوران باید قواعد حل تعارض قانون محل داوری را برای تعیین قانون مناسب اعمال نمایند. به هر حال، به دلیل ماهیت قراردادی داوری و جدا بودن از نظریه قضایی، طرفین دارای آزادی در انتخاب هر قانونی مانند انتخاب اصول ملی به‌عنوان قانون ماهوی می‌باشند. در حقوق ایران، در مورد قانون حاکم بر قرارداد داوری، در قانون داوری تجاری بین‌المللی قاعده مستقلی دیده نمی‌شود، لیکن از بند ۱ ب ماده ۳۳ که مربوط به درخواست ابطال رأی است برمی‌آید که موافقت‌نامه داوری در درجه اول، تابع قانون منتخب طرفین است و در صورت سکوت آنان، تابع قانون محل داوری (قانون ایران)، خواهد بود. باید یادآور شد که اجرای قانون حاکمیت اراده در مورد قرارداد داوری دارای استثنائات و محدودیت‌هایی است که ناشی از مقتضیات نظم عمومی است. مثلاً اهلیت طرفین را نمی‌توان تابع قانون منتخب آنان دانست، بلکه این موضوع مشمول قاعده عمومی تعارض قوانین است که در حقوق ما مبتنی بر صلاحیت قانون شخصی یا قانون دولت متبوع شخص است. قانون حاکم بر آیین دادرسی با توجه به اصل حاکمیت اراده و قصد طرفین قرارداد داوری تعیین می‌شود. بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (۱۹۵۸) آزادی اراده طرفین را به همین ترتیب پذیرفته و قانون محل داوری را در صورت سکوت طرفین لازم‌الاجرا شناخته است. ماده ۱۹ قانون نمونه آنسیترال نیز همین دیدگاه را مورد پذیرش قرار داده است. در حقوق ایران نیز، ماده ۱۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، همانند قانون نمونه، مقرر می‌دارد: «۱. طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون

در مورد آیین رسیدگی داوری توافق نمایند. ۲. 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.» در مورد تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی، اصل حاکمیت اراده در قوانین و مقررات داخلی، همچون مقررات بین‌المللی مورد قبول واقع شده است. در صورت سکوت طرفین راه‌حل‌ها و نظریه‌های مختلف پیشنهاد گردیده است مانند نظریه تعیین قانون حاکم به موجب قاعده تعارض کشور محل داوری، نظریه آزادی داور در انتخاب قاعده تعارض مناسب، نظریه حل مسئله با تعیین پایگاه رابطه حقوقی، یعنی کشوری که قرارداد با آن ارتباط نزدیک‌تری دارد و نظریه اعمال حقوق بین‌الملل. نظریه‌ای که غالباً پذیرفته شده و در مقررات داخلی و بین‌المللی انعکاس یافته نظریه دوم است. به موجب این نظریه، در صورت سکوت طرفین، داور اختیار دارد با انتخاب قاعده تعارضی که مناسب تشخیص می‌دهد، قانون حاکم بر ماهیت را تعیین نماید. همین نظر در قانون نمونه (ماده ۲۸) و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران انعکاس یافته است. به موجب ماده ۲۷ قانون اخیر: «۱. داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد. ۲. در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد». بند ۱ ماده ۲۷ انتخاب مقدماتی قواعد حقوقی را بر عهده طرفین می‌گذارد و در این خصوص به آنان استقلال کامل می‌بخشد. منظور از قواعد حقوقی اعم از قانون داخلی، اصول کلی حقوقی یا ترکیبی از آن دو است که می‌تواند در ماهیت اختلاف اعمال شود. در صورت قصور طرفین در انتخاب قانون حاکم بند ۲ ماده ۲۷ تعیین قانون ماهوی حاکم بر دعوی را به مرجع داوری واگذار می‌کند تا بر طبق قواعد حل تعارضی که مناسب و مرتبط با دعوا تشخیص می‌دهد انتخاب کند.



بخش دوم: ماهیت قضایی یا صلاحیتی (or Jurisdictional nature) (Judicial)

مطابق این نظر که به نظریه صلاحیتی معروف است، نهاد داوری واجد وصف قضایی است و حاکمیت دولت مافوق رضایت قراردادی طرفین قرار دارد. این تلقی بازتاب این امر است که داوری صرفاً در حوزه قضایی یک کشور و به شرط اجازه قانون حاکم بر داوری می‌تواند برگزار شود. به عبارت دیگر، داوری برای نظام‌های حقوقی سودمند است و توسط آنها نظارت می‌شود. حاکمیت اراده دارای اثر کم یا فقط محدود به انتخاب داوری به‌عنوان شیوه حل و فصل اختلاف است. این انتخاب، صرفاً به این دلیل مؤثر است که قانون، آن را شناسایی کرده و به آن اثر می‌بخشد. (مطابق نظریه صلاحیتی بودن داوری، رسیدگی به دعاوی و حل اختلاف، تفسیر و اعمال قانون یکی از جلوه‌ها و مظاهر حاکمیت و صلاحیت قضایی دولت‌ها است. هر دولتی، اختیار نظارت و تنظیم داوری در سرزمین خود را دارد. طرفین داوری فقط تا جایی می‌توانند به داوری رجوع کنند که صریحاً یا ضمناً در قانون محل داوری اجازه داده شده یا پذیرفته شده است. نظریه صلاحیتی، به اهمیت اختیارات نظارتی دولت، به‌ویژه دولتی که داوری در آن صورت می‌گیرد توجه می‌کند. اگرچه طبق نظریه صلاحیتی بحثی در مورد این که منشأ داوری توافق‌نامه طرفین است وجود ندارد، اما بر اساس این نظریه، اعتبار توافق‌نامه داوری و آیین داوری منوط به نظارت یک قانون ملی است. طرفداران این نظریه اعتقاد دارند که داوران شبیه قضات دادگاه‌های ملی هستند و اختیارات داوران ناشی از دولت و حکومت است که به‌وسیله قانون اعطا می‌شود. داوران همانند قضات، ملزم به اعمال قواعد قانونی یک دولت خاص، برای حل و فصل اختلافات ارائه‌شده به آنها هستند. برخی از حقوق‌دانان نیز معتقدند که وظیفه داور بیشتر از قانون ناشی می‌شود. قانون آیین دادرسی مدنی بنا به مصالحی به اشخاص اجازه داده است که دادرسی را با توافق معین کنند و به‌جای مراجعه به دادگاه، داوری او را بپذیرند؛ بنابراین، داور کسی است که قانون به‌طور موقت و در مورد خاص، وظیفه دادرسی را به او می‌سپارد و هنگام اجرای وظایف خویش یک مأمور دولتی است. طبق این نظریه، دولت‌ها نه‌تنها در اعتبار قراردادهای داوری مؤثر هستند، بلکه در پیامدهای آن یعنی صلاحیت داورها، جریان داوری و صحت آن نیز تأثیرگذار می‌باشند. در

این تحلیل، این اعتقاد وجود دارد که اختیار داور و منشأ اقتدار او، ریشه در قانون دارد، زیرا اگر قانون داوری را شناسایی نمی‌کرد، معلوم نبود که توافق طرفین به خودی خود مؤثر واقع شود. مضافاً باید گفت مدیریت دادگستری قسمتی از خدمات عمومی است و مرجع داوری هنگامی اعتبار دارد که در این سازمان خدماتی جای گرفته باشد. رأی داور، قضاوتی است که باید با رعایت تشریفات اتخاذ شود و ویژگی قضایی آن غیرقابل انکار است. هر حکومت یا دولت، حق پذیرش و موافقت و یا عدم موافقت با اعمالی که در سرزمین و قلمرو آن کشور صورت می‌گیرد، دارد. در نتیجه با پیروی از این مسئله، هر داوری مشروط به رعایت قانون محلی است که داوری در آنجا برگزار شده است. در واقع، یک داور ملزم به رسیدگی و داوری بر طبق موضوعاتی است که قانون محلی که داوری در آنجا صورت می‌گیرد اجازه بدهد. هر رأیی از داوران که با قواعد آمره و نظم عمومی مکان داوری مغایر باشد از نقطه نظر حقوقی غیرقابل توجیه تلقی می‌گردد. موضوعات مختلف ناشی از داوری تجاری بین‌المللی مثل اعتبار موافقت‌نامه داوری، آیین دادرسی، اختیار داور، قلمرو موضوعات قابل رسیدگی، قابلیت اجرای رأی داور، باید با رعایت قواعد آمره و نظم عمومی محل داوری تعیین شود. در غیر این صورت، رأی داور ممکن است توسط دادگاه محلی که داوری در آنجا برگزار شده باطل شود. بر طبق نظریه صلاحیتی، وظیفه دولت، کنترل و سازماندهی داوری می‌باشد. این وظیفه امکان ابطال رأی داوری به وسیله دادگاه را شامل می‌شود. با این وجود، چنین کنترلی فقط در این مورد که شرایط لازم در داوری رعایت نشده باشد یا اجازه داوری از سوی طرفین داده نشده باشد اعمال می‌شود. در نتیجه، دادگاه اجازه تجدیدنظر در پرونده را به‌عنوان یک مرحله بعدی رسیدگی دارا نیست، چنین قدرت نظارتی در کنوانسیون نیویورک نیز تأیید شده است. به‌عنوان مثال، طبق ماده ۵ در صورت فقدان صریح در مورد انتخاب قانون حاکم، اعتبار موافقت‌نامه داوری، باید بر طبق قانون کشوری که داوری در آنجا صورت گرفته است تعیین شود. همچنین به موجب نظریه صلاحیتی، دادگاه کشوری که شناسایی یا اجرای رأی از آنها خواسته می‌شود یک قدرت نظارتی بر مسئله داوری پذیری در مرحله شناسایی یا اجرا دارد. از این رو، طبق ماده ۵ (۲) کنوانسیون نیویورک، مراجع صالح در کشور محل شناسایی و اجرای رأی اختیار امتناع از شناسایی یا اجرای آرای داوری را در صورتی که موضوع اختلاف،



به موجب قانون آن کشور، قابل حل و فصل به وسیله داوری نباشد یا شناسایی و اجرای رأی مخالف نظم عمومی آن کشور باشد، دارند.

ایراد این نظریه این است که پیش فرض اولیه آن مستلزم دخالت بیش از اندازه دولت در اجرای عدالت است. به نظر می رسد این موضوع که دادرسی یک عملکرد حاکمیتی است، به دلایل بیشتری نیاز داشته باشد. این دیدگاه حقوق عمومی می تواند بر اساس این واقعیت که حدود اختیار داور به وسیله توافق طرفین تعیین می شود و آنها می توانند قدرت او را با تراضی در هر زمانی فسخ کنند، مورد چالش واقع شود. این در حالی است که آزادی اراده طرفین بر اساس قرارداد داوری گاه می تواند تا آنجا پیش رود که داور را از مراجعه به مقررات آیین دادرسی و قوانین داخلی کشورها در حل و فصل اختلاف بی نیاز کند بدین معنی که او را مأمور صدور رأی بر اساس انصاف و بدون رعایت تشریفات دادرسی نماید. طرفین می توانند مراجعه به داوری را با ترکیب معین بپذیرند در حالی که انتخاب قاضی با طرفین نیست. مضافاً اینکه طرفین می توانند در جلسات مقدماتی یا قبل از آن بر ترتیب رسیدگی خاص تراضی نمایند و یا در مورد نحوه صدور رأی و مکان داوری و مدت زمان صدور رأی تراضی نمایند و قانون حاکم بر ماهیت اختلاف را نیز می توان به تراضی انتخاب نمود. همه این موارد مؤید قضایی نبودن ماهیت داوری است، زیرا داور از جانب حکومت هیچ سمتی ندارد بلکه داور طرفین است. داوری اجباری نیز استثنایی است و در موارد استثنایی باید تفسیر مضیق کرد و نمی توان آن را به سایر موارد تسری داد و از آن قضایی بودن ماهیت داوری را به عنوان یک قاعده برداشت نمود.

یک) موقعیت داوران

در مورد موقعیت داوران، نظریه صلاحیتی اساساً به نظریه نمایندگی نزدیک است. طبق نظریه نمایندگی، به منظور حل و فصل اختلاف بین طرفین به داور باید اجازه نمایندگی به وسیله دولت داده شده تا او بتواند به عنوان داور به حل و فصل اختلاف بپردازد. رأی صادره به وسیله داور، در صورت فقدان این اجازه باطل خواهد بود و می تواند به چالش کشیده شود. به علت این اختیار

نماینده‌گی، قائلین نظریه صلاحیتی این مسئله که اختیار داور از توافق‌نامه داوری سرچشمه گرفته است را انکار می‌کنند. به نظر اینان به دلیل وضعیت ویژه اعطاشده به وسیله دولت‌ها، داوران همچون قاضی دادگاه‌های ملی تلقی می‌شوند. تنها تفاوت بین آنها طبق نظر نیبویه، این است که قاضی انتخاب و اختیارات مستقیماً از قدرت عالیه حکومت ناشی می‌شود، در حالی که داور اختیارات از قدرت عالیه حکومت ناشی نمی‌شود، زیرا او به وسیله طرفین انتخاب می‌شود. در نتیجه این استدلال، داور همانند قاضی است. از این رو، ملزم به پیروی از قانون و رعایت قواعد آمره و نظم عمومی برای حل و فصل اختلافات بین طرفین است. طبق نظریه صلاحیتی هر چند طرفین هستند که داور خاصی را برای انجام داوری انتخاب می‌کنند، اما این دولت است که عموماً باید به داوران اختیار اتخاذ تصمیم آمرانه را بدهد. رابطه داور با طرفین صرفاً یک رابطه حقوق خصوصی نیست، زیرا موقعیت داوران در چارچوب تقنینی خاص مورد تعریف قرار می‌گیرد. از طرف دیگر، داوری در خلأ برگزار نمی‌شود، بلکه در چارچوب یک نظام حقوقی خاص مصداق پیدا می‌کند. به عبارت دیگر، این نظام حقوقی است که شرایط ویژه در واگذاری اختیار استماع و حل و فصل اختلاف را به داور می‌دهد. نتیجه این امر چیزی جز انتقال اختیار از حوزه حقوق عمومی به قلمرو حقوق خصوصی نیست. راه دیگری برای اجرای آرای داوری به عنوان تصمیمات یک مرجع حقوق خصوصی وجود ندارد. با این وجود، رأی داور تصمیم یک مقام حقوق عمومی نیست؛ بنابراین، قابلیت اجرای آرای داوری، مبتنی بر قرارداد فی مابین طرفین نیست، بلکه ریشه در چارچوب نظام حقوقی دارد که شرایط اجرای آرای داوری را تعریف می‌کند.

دو ماهیت آراء داوری

بر طبق نظریه صلاحیتی، به رأی داوری باید همان موقعیت و اثر حکم صادره به وسیله قاضی دادگاه ملی داده شود. چون داوران همانند قضات تلقی می‌شوند. به دلیل شباهت بارای قاضی، در صورت فقدان اجرای داوطلبانه رأی به وسیله طرف بازنده، رأی باید همچون یک رأی قضایی، به وسیله دادگاهی که شناسایی یا اجرای رأی از آن خواسته می‌شود اجرا شود. در واقع،



دولت تنها مرجعی است که حق اجرای عدالت را دارد. به همین منظور اگر قانون به طرفین اجازه دهد که به داوری ارجاع نمایند، این نهاد می‌تواند یک وظیفه عمومی را اجرا نماید. به‌طور منطقی از آن نتیجه گرفته می‌شود که رأی داوری یک رأی قضایی مشابه همان تصمیمی است که به‌وسیله قاضی حکومتی صادر می‌شود. یکی از آثار صلاحیتی بودن نهاد داوری را می‌توان در پرونده معروف ال دراگو مشاهده کرد که به‌موجب آن رأی داوری هم چون رأی دادگاه خود- اجرا محسوب نمی‌شود؛ یعنی چنانچه طرفین داوطلبانه رأی را به اجرا درنیاورند لاجرم باید به‌وسیله دادگاه‌ها به مورد اجرا نهاده شود؛ بنابراین، ویژگی قضایی حکم در مرحله اجرا با حمایت و پشتیبانی دادگاه‌های دولتی مشخص می‌شود. با ارجاع اختلاف به داوری جهت حل و فصل، داور جایگزین قاضی می‌شود. هرچند رأی داوری فی‌نفسه تصمیم قضایی نیست اما شباهت‌هایی با احکام دادگاه‌ها دارد که به آن ماهیت شبه قضایی می‌بخشد. تا زمانی که از طرف یک مقام قضایی دستور اجرای رأی داوری صادر نشده باشد، رأی خاصیت قضایی نمی‌یابد و لازم‌الاجرا نیست. به همین دلیل، از نظر حقوق بین‌الملل خصوصی رأی داوری مانند احکام دادگاه‌ها به کشور محل صدور رأی و صدور دستور اجرای رأی مرتبط است. این نظریه رأی داوری را مبتنی بر شباهت عملکرد داور به قاضی می‌داند. رأی داوری از این منظر دارای ماهیت قضایی است. تفاوت بین داور و قاضی این است که اولی قاضی مجری عدالت خصوصی و دومی قاضی مجری عدالت عمومی محسوب می‌شود. طبق این نظریه، دادگاه‌ها صرفاً رأی داوری را به مورد اجرا در نمی‌آورند، بلکه ممکن است با رسیدگی به جهات اعتراض، رأی را ابطال نمایند. رأی داوری پیش از صدور اجراییه تنها یک سند عادی محسوب می‌شود که قابلیت اجرایی ندارد. در حقیقت، این دخالت مرجع قضایی است که با صدور دستور اجرا، رأی را واجد توصیف قضایی می‌کند. به‌علاوه، تابعیت رأی داوری و وابستگی رأی به کشور محل صدور رأی در ثمربخشی و توجیه قضایی رأی داوری مؤثر است. رأی داوری از اصل قرارداد ارجاع به داوری منفک بوده و در حکم یک تصمیم شبه قضایی است. به این اعتبار در تعیین وابستگی رأی داوری می‌توان همان ملاحظات که در مورد احکام مورد توجه می‌باشد رعایت کرد. توصیف یک موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی، وفق اصل

باید بر اساس قانون مقر دادگاه به عمل آید. با توجه به مقررات مربوط به داوری در قانون آیین دادرسی مدنی، ویژگی شبه قضایی رأی داوری تقویت می‌شود. شایان ذکر است که دادگاه هنگام صدور اجراییه به هیچ وجه وارد در ماهیت دعوا نمی‌شود و رأی داوری را به منزله حکم صادره از دادگاه تلقی می‌کند. نتیجتاً به نظر می‌رسد از دیدگاه قانون‌گذار ایرانی، لااقل رأی داوری دارای ویژگی شبه قضایی است. اگر رأی داوری در عدد احکام دادگاه‌ها توصیف شود، در این حالت طبق اصل وابستگی سرزمینی، محل صدور رأی داوری معیار تعیین وابستگی رأی می‌باشد. در این خصوص می‌باید معیار محل انعقاد قرارداد داوری یا تابعیت داوران را کنار گذاشت. قبول وابستگی سرزمینی هم با موازین حقوقی ایران سازگار است و هم مشکلات مربوط به انتخاب قانون صالح را حل می‌کند و راه را برای امکان اجرای آرای داوری خارجی در ایران باز می‌کند. به علاوه، آراء صادره به وسیله داوران دارای همان وضعیت و اثر آراء صادره به وسیله قضات دادگاه‌های ملی است. آراء داور به وسیله دادگاهی که شناسایی یا اجرای رأی از آن خواسته می‌شود به همان طریقی که آراء قضات به وسیله دادگاه‌ها اجرا می‌شود به اجرا درمی‌آیند.

سه) انتخاب قانون مناسب

بر اساس اصل سرزمینی بودن قوانین که منجر به یک ارتباط نزدیک بین مکان داوری و قواعد شکلی قابل اعمال بر داوری تجاری بین‌المللی می‌گردد، داوران فقط مجاز به انتخاب قانون مناسب قرارداد بر طبق آیین دادرسی انتخاب‌شده به وسیله طرفین هستند و در صورت سکوت طرفین، قانون محل داوری حاکم خواهد بود. تأثیر نظریه صلاحیتی، این است که به داوران اجازه و آزادی بیش‌ازحد که یک قاضی در اعمال قانون ماهوی دارد، نمی‌دهد. به علاوه، طبق اصل سرزمینی بودن قوانین، داوران ملزم به تصمیم‌گیری موضوعات ناشی از حقوق تجارت بین‌الملل، بر طبق قوانین ملی هستند که شامل قواعد انتخاب قانون محل داوری نیز می‌شود. طبق عقیده دکتر من «(Mann)»، آیین دادرسی، ترکیب محکمه داوری و ساختار جریان داوری مشمول قانون ملی یک کشور خاص است. در چارچوب داوری تجاری



بین‌المللی، فقط قانون محل داوری می‌تواند چنین کنترل مؤثر و کاملی را بر جریان داوری و تصمیم‌گیری در مورد موضوعات مربوطه ناشی از داوری اعمال کند.

بخش سوم: ماهیت مختلط (Mixed or Hybrid nature)

طبق این نظریه، نه نظریه صلاحیتی و نه نظریه قراردادی داوری، ماهیت واقعی و اساسی نهاد داوری را بیان نمی‌کنند. لذا، پیشنهاد شده است که نهاد داوری، ماهیت مختلط و دوگانه‌ای داشته باشد. این نظریه مشخصاتی از آثار قراردادی و قضایی نهاد داوری را علاوه بر خصوصیات ویژه به رسمیت می‌شناسد. بر اساس این نظریه، نهاد داوری از دو عنصر تشکیل می‌شود. حاکمیت قانون محلی و توافق طرفین. بر طبق نظریه مختلط از یک سو طرفین برای انعقاد یک قرارداد داوری و انتخاب داوران آزادند و انتخاب قانون حاکم مبتنی بر ماهیت قراردادی داوری است، ولی آزادی قراردادی طرفین تابع برخی محدودیت‌ها است. از سوی دیگر، نقش قضایی نهاد داوری مربوط به جریان رسیدگی داوری و اعتبار توافق‌نامه داوری است که به‌نوبه خود منوط به رعایت قواعد آمره و نظم عمومی محل داوری است. نظریه مختلط در میانه دو نظریه قضایی و قراردادی ماهیت نهاد داوری قرار دارد و عناصری از هر دو را در برمی‌گیرد. در نتیجه، عناصر صلاحیتی و قراردادی داوری به‌طور جدایی‌ناپذیر درهم‌تنیده شده است. در واقع، نهاد داوری هرچند بر آزادی اراده طرف‌ها مبتنی است ولی فارغ از نظارت و تنظیم دولت نیست. با این وصف، هرچند اساس حل اختلاف و ارجاع آن به نهاد داوری ریشه قراردادی دارد، ولی باید قانون محور بوده و در چارچوب مقرراتی صورت گیرد که طرفین بر حاکمیت آن توافق کرده‌اند. همچنین، نظر دیگر این است که ممکن است نوع معین داوری تغییر خصیصه بدهد و رأیی که در ابتدا، ماهیت قراردادی داشته باگذشت زمان ماهیت قضایی به خود گیرد. این نظریه ترکیبی از هر دو نظریه پیشین است به این معنی که نهاد داوری متشکل از قرارداد و قضاوت است. داوری نظام مختلطی است که با قرارداد شروع و با صدور رأی خاتمه می‌یابد. ماهیت این نظام مستلزم تکمیل هنجارهای نظام قراردادی و قواعد نظام قضایی است. نمونه بارز آن داوری بر اساس انصاف است. ایرادی که به این نظر وارد است این

است که اگر در داوری، تصمیم به سازش گرفته شود، داوری دیگر معنا ندارد بلکه، داور، نقش یک سازش دهنده را پیدا کرده و در نتیجه نظرش الزام آور نخواهد بود. از طرف دیگر، می‌توان این گونه استدلال کرد که داوری از زمان شروع تا صدور رأی ماهیت قراردادی دارد و پس از صدور رأی، ماهیت قضایی می‌یابد. این نظر نیز مبنای منطقی ندارد. زیرا یک نهاد حقوقی نمی‌تواند، دارای دو ماهیت باشد، مضافاً اینکه رأی داور نمی‌تواند ماهیت داوری که از قبل به وجود آمده را تغییر دهد. در متون فقهی هم البته اگر قاضی تحکیم را همان داور تلقی کنیم، به نظر برخی از فقها نهاد داوری دارای ماهیت مختلط است. طبق این نظر قاضی تحکیم (داور)، کسی است که در ابتدا و با لذات برای قضاوت نصب نشده بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوا حق قضاوت دارد و تراضی آنها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی به وی حق اعمال ولایت می‌دهد. به نظر می‌رسد این عقیده برای تحقق داوری تراضی طرفین و اذن و اجازه شارع مقدس را لازم دانسته و در نتیجه به نوعی نظریه مختلط را پذیرفته است. با این حال، این نظریه را نمی‌توان به عنوان مبنای مستقلى در صلاحیت داوری در یک داوری بین‌المللی محسوب کرد. برای مثال، مقامات قانونی کشور هلند یعنی مقرر استقرار دیوان داوری دعوی ایران - آمریکا هیچ نقشی در تعیین صلاحیت دیوان ایفاء نکردند.

۳۵۱

یک) موقعیت داوران

به موجب نظریه مختلط، رابطه بین داوران و طرفین به عنوان ماهیت قراردادی تلقی می‌شود. این ماهیت قراردادی توافق داوری به وجود آمده بین طرفین را انعکاس می‌دهد. به موجب توافق داوری، طرفین اختلافشان را به داوری ارجاع و داورانی را که مناسب برای حل و فصل اختلاف بین خود تشخیص می‌دهند، انتخاب می‌کنند. در نتیجه، داوران اختیارشان را از اجازه طرفین به دست می‌آورند و آنها به داوران اجازه می‌دهند تا از طرف آنها، برای طرفین، در حدود اجازه عمل کنند. با این حال، برخلاف نظریه قراردادی، حدود اختیار داوران مشروط به بررسی دقیق قواعد آمره قانون محل داوری و نظم عمومی دولت اجراکننده رأی است.



دو) موقعیت آراء داوری

در تمایز بین نظریه صلاحیتی و قراردادی، نظریه مختلط، ماهیت رأی داوری را به نیمه قراردادی و نیمه قضایی تعریف می‌کند. نظام مختلط یک نظام ترکیبی است که با قرارداد آغاز و بارأی داوری خاتمه می‌یابد. ماهیت این نظام مستلزم اجرای توأمان هنجارهای قراردادی و قواعد نظام قضایی است. در نتیجه پذیرش نظریه مختلط، از یک طرف رأی داور برای طرفین الزام‌آور خواهد بود و از طرف دیگر در صورتی که رأی داور طوعاً اجرا نشود ذینفع می‌تواند با رجوع به دادگاه درخواست اجرای رأی داور را بخواهد و دادگاه کرهاً مانند رأی قاضی آن را به اجرا درمی‌آورد. قسمت اخیر در راستای ماده ۴۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی است که به‌عنوان ضمانت اجرای عدم اجرای رأی داور به وسیله محکوم‌علیه، دادگاه صالح را مکلف به ترتیب اثر دادن به رأی داور و صدور اجرائیه در صورت تقاضای محکوم‌له می‌نماید. رأی داوری واجد هر دو خصیصه است. در این نظریه، هر چند داوری مبتنی بر توافق اولیه طرفین است، ولی این مقررات قانونی مرتبط با داوری است که امکان می‌دهد تا داوری متعلق به یک نظام حقوقی باشد و به رأی صادره تابعیت اعطا می‌کند. از لحاظ منطبق حقوقی، این نظریه در مقایسه با سایر نظریات موجه‌تر و قابل قبول‌تر به نظر می‌رسد. به موجب نظریه مختلط، رابطه بین داوران و طرفین به‌عنوان ماهیت قراردادی تلقی می‌شود. ماهیت قراردادی، توافق داوری به وجود آمده بین طرفین را منعکس می‌کند. به موجب توافق داوری، طرفین اختلافشان را به داوری مطرح کرده و داورانی را که مناسب برای حل و فصل اختلاف بین خود تشخیص بدهند، انتخاب می‌کنند. در نتیجه، داوران اختیارشان را از اجازه طرفین به دست می‌آورند و آنها به داوران اجازه می‌دهند تا از طرف آنها، برای طرفین، در حدود اجازه عمل کنند.

سه) انتخاب قانون مناسب

نظریه مختلط اهمیت قدرت نظارتی دادگاهی که داوری در آنجا واقع شده و یا اجرای رأی از آن خواسته می‌شود به رسمیت می‌شناسد. طبق این نظریه، در صورت فقدان توافق صریح

طرفین، قانون محل داوری به عنوان قانون حاکم بر داوری اعمال می‌شود. داوران ملزمند تا قانون مناسب قرارداد را بر طبق قواعد تعارض قوانین قانون محل داوری تعیین کنند. به عبارت دیگر، داوران باید قانونی که صراحتاً به وسیله طرفین اختلاف انتخاب شده را اعمال کنند. به هر حال، در مواردی که انتخاب صریحی وجود نداشته باشد داوران باید به قواعد حل تعارض قانون محل داوری به منظور تعیین قانون ماهوی حاکم بر موضوع، رجوع نمایند. ماهیت صلاحیتی تأثیر فراوانی در انتخاب قانون مناسب بر قرارداد دارد. چون در تعیین قانون مناسب بر قرارداد، قواعد حل تعارض قانون محل داوری اهمیت خود را نشان می‌دهند.

بخش چهارم: ماهیت مستقل (Autonomous nature)

چهارمین دیدگاه، نظریه خاص یا مستقل است و بر این باور قرار دارد که این نظریه ترکیبی از هر دو نظریه پیشین است به این معنی که نهاد داوری متشکل از قرارداد و قضاوت است. داوری نظام مختلطی است که با قرارداد شروع و با صدور رأی خاتمه می‌یابد. ماهیت این نظام مستلزم تکمیل هنجارهای نظام قراردادی و قواعد نظام قضایی است. داوری یک نظام خاص است که مستلزم ملاحظات یک سازوکار مستقل از عناصر قراردادی و قضایی است. در نتیجه، رأی داور از نظارت قانون مقرر داوری رها است و قانون مذکور کنترلی بر آن اعمال نمی‌کند. از تبعات خود آیینی داوری بین‌المللی رها کردن فرآیند داوری از نظارت قانون و دادگاه داخلی است؛ بنابراین، داوری در فضای متفاوتی وجود دارد که عبارت است از قلمرو و گستره غیر ملی یا بین‌المللی. آثار استقلال داوری را در این مورد به شرح زیر می‌توان خلاصه کرد:

۱): انجام فرآیند داوری تابع تشریفات قانون داخلی نیست.

۲): دادگاه‌های داخلی صرفاً باید در شرایط استثنائی در فرآیند داوری وارد شوند.

نظریه فوق ترکیبی از هر دو نظریه پیشین است به این معنی که نهاد داوری متشکل از قرارداد و قضاوت است. ماهیت این نظام مستلزم تکمیل هنجارهای نظام قراردادی و قواعد نظام قضایی است. نهاد داوری نه ماهیت قضایی دارد و نه قراردادی، بلکه دارای ماهیت خودمختار و



خاصی است که مستلزم سازوکار مستقل از قرارداد و نظام قضایی می‌باشد. این نظریه با شناسایی این که نهاد داوری یک شیوه خودگردان و خود انتظام است، آن را دارای ماهیتی مستقل و خود آیین می‌داند. به‌رغم اهمیت زیاد، اصل حاکمیت اراده، عامل تعیین کننده‌ای به شمار نمی‌رود. قوانین ملی، قواعد داوری فراملی، اسناد بین‌المللی، تابعیت‌های مختلف طرفین و داوران، محل بی‌طرف داوری و آیین رسیدگی ویژه، همگی بر ماهیت مستقل و منحصر به فرد فرآیند داوری بین‌المللی صحنه می‌گذارند. نهاد داوری به‌عنوان یک شیوه صرفاً قراردادی یا قضایی طبقه‌بندی نمی‌شود. به این دلیل که نقش دوگانه داوری، به‌طور غیرقابل حلی درهم تنیده شده است که غیرممکن است که آنها را از یکدیگر جدا نمود. بر طبق این نظریه رابطه بین داور و طرفین، به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند از منظر نظریه قراردادی کلاسیک به‌عنوان یک رابطه قراردادی معمول که به‌وسیله آن، طرفین نهاد حقوق خصوصی را برای حل اختلافشان به خدمت می‌گیرند، مورد بررسی قرارگیری. این نظریه، رابطه بین داور و طرفین را به‌عنوان یک رابطه خاص و منحصر به فرد تلقی می‌کند. در مورد رد نظریه مستقل بودن ماهیت نهاد داوری نیز باید گفت که این نظریه یک نقص بسیار مهم هنجاری دارد. این نظریه منشأ هنجاری موافقت‌نامه داوری لازم‌الاجرا را نادیده گرفته و به‌دشواری با واقعیت منطبق است. موافقت‌نامه داوری، به‌عنوان یک توافق‌نامه الزام‌آور قانونی تا جایی اعتبار دارد که از حمایت حاکمیت بهره‌مند باشد. اشکال دیگر این نظریه این است که در فقدان تنظیم قواعد داوری به‌وسیله قانون ملی امکان مطلوبیت فرآیند داوری تضمین نمی‌گردد. شیوه خود آیین، نظامی تخیلی در به چالش کشیدن نظم حقوقی کشور محل داوری و انعقاد موافقت‌نامه‌های خصوصی است. در نتیجه، داوری بین‌المللی به مساعدت مقامات قانونی مقرر دادگاه در انجام داوری وابسته است.

یک) موقعیت داوران

بر اساس این نظریه رابطه بین داوران و طرفین ضرورتاً یک رابطه خاص است. این رابطه تحت هیچ شرایطی از دید نظریه کلاسیک قراردادی که به‌موجب آن طرفین یک مرجع حقوق خصوصی (داور) را برای حل و فصل اختلافشان استخدام می‌کنند قابل توجیه نیست. بر همین

اساس، نظریه مختلط رابطه بین داوران و طرفین را به عنوان یک رابطه منحصر به فرد تبیین می کند.

دو) موقعیت آراء داوری

با تأیید استقلال کامل طرفین در تمامی جزئیات داوری، طرفداران نظریه استقلال، کنترل یا قدرت نظارتی دادگاه محل داوری را بر داوری انکار می کنند. در این مورد به فراملی بودن داوری استناد می شود. این مسئله را می توان در بحث اعتبار توافقنامه داوری، آرای داوری و در انتخاب قانون مناسب آشکارا ملاحظه نمود. در مورد مسئله اعتبار توافقنامه داوری و رأی داور، به نظر طرفداران نظریه استقلال، داوری باید از محدودیت های جلوگیری کننده به وسیله قانون ملی آزاد باشد. طبق این نظریه قانون ملی محل داوری یا جایی که شناسایی یا اجرای رأی از آن درخواست می شود نباید نقش نظارتی در یک داوری را بازی بکند. به علاوه، توافقنامه داوری و رأی داور به دلیل قصد طرفین در رجوع به داوری و فراملی بودن ماهیت داوری، در هر کشوری باید قابل اجرا باشد. ایرادی که به این نظر وارد می باشد، این است که رأی داور لزوماً باید به اجرا دربیاید و دارای ضمانت اجرایی باشد. به همین منظور، نقش دولت ها و قانون را نمی توان نادیده گرفت. در واقع، نهاد داوری باید از یک نظام قانونی ملی سرچشمه بگیرد، زیرا موفقیت داوری، در اجرای موفقیت آمیز رأی داوری قرار دارد. برخلاف نظریه قراردادی و صلاحیتی و مختلط با پذیرش این نظریه محتمل است اجرای رأی داور با مشکل مواجه شود، زیرا این نظریه فراتر از واقعیت های داوری تجاری بین المللی مدرن است.

سه) انتخاب قانون مناسب

تا جایی که به انتخاب قانون مناسب مربوط می شود به جای محدود کردن داوری در چارچوب قانون ملی یا بین المللی، نظریه مستقل به ایجاد یک قانون فراملی برای داوری تجاری بین المللی استناد می کند. در واقع، به موجب قانون فراملی داوری، طرفین به انتخاب هر نوع قواعد قانونی یعنی یک نظام قانونی ملی یا قانون بین المللی، قانون مورد عمل تجار، اصول کلی



قانونی و یا حتی قواعد انصاف برای حکومت بر روابطشان محق هستند. به علاوه، طرفداران این نظریه معتقدند که داوری تجاری بین‌المللی باید قانون خود را برای اعمال در اختلافات تجاری بین‌المللی به وجود آورد. انقلابی‌ترین نظر استنادی به وسیله طرفداران نظریه استقلال، ایجاد یک شخصیت فراملی برای داوری تجاری بین‌المللی است. برای نیل به این هدف آنها معتقدند که تجار نباید خود را در چارچوب نظام قانونی ملی محدود کنند. همچنین بر مبنای این عقیده، استدلال شده که در داوری تجاری بین‌المللی، اختیار داور نیز برای انتخاب قانون مناسب، نباید در حدود و قلمرو قانون ملی محصور شود. داوران باید برای تصمیم‌گیری در حل اختلاف، خواه بر اساس یک نظام قانونی ملی یا یک اصول کلی حقوق بین‌الملل یا عرف تجاری یا انصاف آزاد باشند.

نتیجه‌گیری

در مورد ماهیت نهاد داوری به‌طور کلی، چهار نظریه قراردادی، قضایی یا صلاحیتی، مختلط و مستقل طرح شده است. عمده‌ترین مطالبی که از بحث فوق مورد استفاده قرار می‌گیرد به شرح زیر است:

یک) یکی از نظریه‌های مربوط به ماهیت داوری، نظریه ماهیت قراردادی نهاد داوری است. طبق این نظریه، داوری در وهله اول بر قرارداد تکیه دارد و موجودیت و صحت خود را از اراده طرح‌کنندگان دعوا می‌گیرد. طبق این نظریه، موافقت‌نامه داوری، دارای اهمیت دسته اول می‌باشد، به گونه‌ای که همه جنبه‌های فرآیند داوری را کنترل می‌کند، زیرا در صورت عدم وجود موافقت‌نامه، هیچ نوع از داوری نمی‌تواند موجود باشد. خاستگاه داوری در قرارداد است و داوری برای موجودیت و ادامه حیات خود به توافق طرفین وابسته است. افراد را علی‌الاصول نمی‌توان برخلاف میل و اراده آنها به قبول داوری مجبور کرد. شرط ابتدایی رسیدگی به داوری توافق طرفین دعوی بر حل اختلاف از طریق داوری است.

دو) مطابق نظریه ماهیت صلاحیتی، نهاد داوری واجد وصف قضایی است و وظایف داور بیشتر از قانون ناشی می‌شود، زیرا اگر قانون، داوری را شناسایی نمی‌کرد، معلوم نبود که توافق طرفین به خودی خود مؤثر واقع شود. طرفداران این نظریه اعتبار موافقت‌نامه داوری، اختیارات و رسیدگی داوران را وابسته به مقامات قانون‌گذاری و قضایی محل تشکیل دیوان داوری می‌دانند.

سه) نظریه مختلط ماهیت نهاد داوری، مشخصاتی از آثار قضایی و قراردادی داوری را به رسمیت شناخته است. طبق این نظریه، داوری وابسته به عناصری از هر دو این‌هاست، یعنی از یکسو برای ایجاد داوری نیاز به توافق طرفین وجود دارد و از سوی دیگر شناسایی نظام داوری از دیدگاه قانون نیز ضروری است.

چهار) از دیگر نظریه‌های مطرح‌شده در مورد ماهیت داوری، نظریه ماهیت مستقل نهاد داوری است. این نظریه، با شناسایی این که داوری، یک شیوه خودمختار و خود آیین است، آن را دارای ماهیت مستقل می‌داند. مطابق این نظریه، داوری دارای ماهیت خاصی است که مستلزم سازوکار مستقل از قرارداد و نظام قضایی می‌باشد.

۳۵۷



پنج) در حقوق و رویه داوری تجاری بین‌المللی نظریه حاکم این است که نهاد داوری از ماهیتی مختلط برخوردار بوده و با نظام نیمه قراردادی و نیمه صلاحیتی (قضایی) سازگاری بیشتری دارد؛ زیرا نهاد داوری ترکیبی از عناصر خصوصی و عمومی است. داوری به‌عنوان یک نظام عدالت خصوصی نمی‌تواند در خلأ موجود باشد، بلکه لزوماً بر سیستم حقوقی معینی بنا شده است. اعتبار موافقت‌نامه داوری و قابلیت اجرای رأی داوری در گرو نظام حقوقی حاکم بر داوری است. از آثار این نظریه، وابستگی و تابعیت رأی داوری خارجی به محل صدور رأی است. در نتیجه، علی‌رغم استقلال سیستم داوری بین‌المللی از نظام حقوقی داخلی، فرآیند داوری بین‌المللی کماکان محتاج نظارت، شناسایی و حمایت از سوی نظام حقوقی داخلی است

منابع و مأخذ

الف) کتب فارسی

- اسدی نژاد، محمد، (۱۳۷۸) داوری تجاری بین‌المللی ایران و آنستیرال، چاپ اول، انتشارات دانشگاه گیلان.
- اشمیتوف، کلا یو ام، (۱۳۸۷) حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و همکاران، ج ۲، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت.
- امیرمعزی، احمد، (۱۳۸۷)، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستری (۱۳۸۶) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)، دانشنامه حقوقی، جلد ۳، چاپ پنجم، تهران، انتشارات امیرکبیر
- حائری، سید کاظم، (۱۳۸۰)، القضا فی فقه الاسلامی، چاپ اول، مجمع الفکر الاسلامی.
- خزایی، حسین، (۱۳۸۶)، حقوق تجارت بین‌الملل: داوری، جلد هفتم، چاپ اول، تهران، نشر قانون.
- شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، چاپ اول، تهران، انتشارات دراک.
- صدرزاده افشار، محسن، (۱۳۷۲) آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد سوم، چاپ اول، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی.

- صفایی، حسین، (۱۳۷۷)، «سخنی چند درباره نوآوری ها و نارسایی های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۱۰۵۰.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان.
- نصیری، مرتضی، اجرای آرای داوری خارجی، تهران، (بی تا)

ب) کتب انگلیسی

- Berger, Klaus Peter, (2007), Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law- Consensus or Confusion? In Albert Van Den Berg (ed), International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 2006 Montreal 13, Kluwer Law International.
- 2- Belohlavek, A. (2011)», The Legal Nature of International Commercial Arbitration and the Effects of Conflicts Between Legal Cultures, Law of Ukraine, No.2.
- Rubino-Sammartano, Mauro, (1990), »International Arbitration Law, Kluwer Law and Taxation Publishers«, Netherlands.
- Yu, Hong-Lin., (2008), A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration, Contemporary Asia Arbitration Journal.

