



جایگاه مقر و محل داوری در داوری تجاری بین الملل

الهه اخباری^۱
حسین قربانیان^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۹۹/۰۳/۰۸ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۶/۱۱

چکیده

از موضوعات مهم و چالش برانگیز در داوری‌های تجاری بین‌المللی، مقوله مقر و محل داوری بوده که به نوبه خود موثر در حوزه اعمال قانون برای فصل اختلاف از سوی داور است لذا دانستن مفاهیم فوق و تفاوت‌های موجود و نیز حوزه الزام آوری هر یک، حائز اهمیت بسیار بوده و در این راستا بیان می‌گردد که مقر داوری بر خلاف محل، که صرفاً یک موقعیت جغرافیایی برای تشکیل جلسات است، دارای بار حقوقی و الزام‌آوری از جهت اعمال قانون مربوط بوده و به عبارت دیگر به آن اقامتگاه حقوقی داوری نیز گفته می‌شود لیکن متأسفانه به واسطه تشابه اصطلاحات مذکور در زبان انگلیسی، عرصه لازم برای خلط مفاهیم حتی در عرصه قانونی و نیز رویه‌های عملی فراهم آمده است. از طرف دیگر با نبود قانون مستقل در خصوص داوری‌های الکترونیکی در حقوق ایران و تبعیت آن از قوانین موجود، نیاز به تفسیر مناسب از این دو حوزه جهت پاسخگویی به نیازهای روز در حوزه اعمال قانون بیشتر احساس می‌شود لذا برای درک بهتر مطالب فوق و چالش‌های آن، با نگاه به قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و سایر قواعد و قوانین و نیز رویه‌های عملی در سطح بین‌الملل بررسی صورت گرفته است.

کلید واژه‌ها

مقر داوری، اقامتگاه حقوقی داوری، محل داوری، داوری تجاری بین‌المللی، داوری الکترونیکی.

مقدمه

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران. elahe.akhbari@gmail.com
^۲ استادیار گروه حقوق، واحد شاهرود، دانشگاه آزاد اسلامی، شاهرود، ایران (نویسنده مسئول). real695@gmail.com

نهاد داوری اساساً یک توافق در ایجاد عدالت خصوصی از طریق یک مرجع غیردولتی است. در بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی در باب مفهوم داوری چنین آمده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی.» همچنین در بند ب این ماده بیان شده است: «داوری بین‌المللی عبارتست از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقتنامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد.» باید توجه داشت که همانطور که از تعریف داوری نیز پیداست، حاکمیت اراده در درجه اول اهمیت قرار دارد و همین موضوع از موجبات جذابیت و استقبال این نهاد حقوقی به خصوص از سوی شرکت‌های تجاری بین‌المللی است. گفتنی است که در خصوص داوری تجاری بین‌المللی هیچ تعریفی در مقررات مربوط ارائه نشده لیکن بدیهی است که با تبعیت از تعاریف فوق، این حل و فصل اختلاف راجع به موضوع روابط تجاری بین‌المللی است. در این میان روش‌های مصالحه و مذاکره نیز، هم بطور مستقل و هم در داخل جریان داوری وجود دارد به این معنا که اصولاً داوران پیش از روی آوردن به داوری، سعی در حل موضوع به طریق حکمیت می‌کنند. از دیگر امتیازات داوری می‌توان به سرعت در رسیدگی، مصون ماندن اسرار از فاش شدن، آزادی طرفین در انتخاب داور، قانون حاکم، نحوه صدور و اجرای رای داوری، حق طرفین در انتخاب مکان و زمان مناسب جهت تشکیل و رسیدگی داوری، قطعی بودن رای داور در اغلب موارد، کاهش هزینه رسیدگی و تراکم پرونده‌ها اشاره نمود در این میان گرچه نقاط ضعف و معایبی همچون امکان نقض آرای داوری به جهت فقدان اطلاعات لازم داور، کم بودن امکان پیش‌بینی نتیجه دعوا و تبعیض و جانبداری از یکی از طرفین داوری نیز وجود دارد لیکن در برابر امتیازات متعدد آن بسیار ناچیز است. همچنین حاکمیت اراده تا آنجا پیش می‌رود که توجه به عرف بازرگانی به عنوان اراده ضمنی طرفین و نیز رعایت اصل انصاف در صورت توافق فی مابین و نیز عدم مغایرت با قوانین آمره را رقم می‌زند.

از جمله تقسیم‌بندی‌های مربوط به داوری می‌توان به دو نوع داوری سازمانی و داوری موردی اشاره نمود. در داوری سازمانی، سازمان مورد توافق طرفین به عنوان مثال مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران می‌تواند در صورت تعیین به عنوان مقام ناصب نسبت به تعیین داور و یا داوران و نهایتاً رسیدگی بر اساس مقررات مربوط داخل سازمان اقدام کند لذا در این نوع از داوری با معضلات آنچنانی رو به رو نیستیم. چالش اصلی در داوری از نوع موردی است که طرفین خود مایل به تعیین داور و قواعد و قوانین حاکم بر رسیدگی هستند که البته در شرایط کامل و عاری از اشکال و ابهام بودن موافقت نامه داوری اساساً مشکلی بروز پیدا نمی‌کند لیکن در شرایط عدم

تخصص لازم در تدوین و حسب مورد سکوت یا ابهام موجود در آن، داور یا داوران با مشکلاتی در عرصه تعیین قانون رو به رو می‌شوند. در این میان با توجه به اولویت اصل حاکمیت اراده، داور می‌بایست نسبت به مراجعه به قانون مناسب برای رسیدگی و حتی الامکان با در نظر داشتن قصد اولیه طرفین یا نزدیک به آن اقدام نماید لذا توجه به مفاهیم قراردادی و تفسیر آن‌ها منجمله مقر و محل داوری، زبان و پول تعیین شده برای این امر حائز اهمیت بسیار است. در این راستا با توجه به گستردگی مباحث، ضمن پرداختن به دو موضوع مهم مقر و محل داوری به طور اخص و مقایسه این دو از جهت جایگاه مفهومی و نیز الزام آوری در تعیین قانون حاکم، رویکردهای متنوع در رویه پرونده‌های موجود را نیز مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱- جایگاه مفهومی مقر و محل داوری:

در زبان انگلیسی برای اصطلاح حقوقی مقر، از معادل‌های متنوعی از قبیل Arbitral Forum, Arbitration Seat, Arbitration Place, Vanu e, Place of Arbitration استفاده شده است. با این وجود، هرچند از مقر، به محل داوری یا غیره یاد می‌شود و این اصطلاحات اغلب به جای هم به کار می‌روند، ولی همانگونه که برخی از نویسندگان متذکر شده اند، اصطلاح مقر دقیق‌تر از اصطلاحات دیگر است (صدیقی و نعیمی، ۱۳۹۵، صص ۲۶۶-۲۶۷). مقر داوری، یک برساخته حقوقی است و نه یک مکان جغرافیایی. به عبارت دیگر همان اقامتگاه یا محل حقوقی و قضایی داوری است که انتخاب آن، منجر به ترتب آثار حقوقی می‌شود (Born, 2012, p. 106).

ماده ۲۰ قانون نمونه آنسیترال، محل داوری را چنین تعریف کرده است: «۱- داوری در محل مورد توافق طرفین انجام می‌شود. در صورت عدم توافق، محل داوری با توجه به اوضاع و احوال دعا و سهولت دسترسی طرفین توسط داور تعیین می‌شود. ۲- داور می‌تواند برای شور بین اعضا، استماع شهادت شهود و کارشناسان طرفین یا بازرسی کالا و یا اسناد و مدارک در هر محلی که خود مقتضی بداند تشکیل جلسه دهد، مگر طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.» در این ماده اصطلاحاتی از قبیل محل داوری (Seat)، تشکیل جلسه (Venue)، شور (Deliberation) و استماع شهادت شهود و کارشناسان (witness and expert Hearing) به کار رفته است (امیر معزی، ۱۳۹۰، صص ۳۳۷).

باید در نظر داشت که تمایز میان مقر داوری و محل برگزاری یا استماع جلسات، در بسیاری از اسناد بین‌المللی از قبیل ماده ۱۸ قواعد داوری آی سی سی، ماده ۱۶ قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن و ماده ۱۱ قواعد داوری انجمن داوری آمریکا مورد تایید قرار گرفته است.

همچنین در بند ۲ ماده ۲۰ قانون داوری تجاری بین‌الملل ایران مصوب ۱۳۷۶ آمده است که: «داور می‌تواند برای شور بین اعضا، استماع شهادت شهود و کارشناسان طرفین یا بازرسی کالا یا سایر اموال یا اسناد و مدارک، در هر محلی که خود مقتضی بداند تشکیل جلسه دهد، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.» (صدیقی و نعیمی، پیشین، ص ۲۶۸)

رویه‌های داوری، تمایز میان مقر و محل برگزاری جلسات را تایید می‌کند. در رویه داوری مدرن، ممکن است اتفاق بیفتد که به دلایل راحتی یا کاهش هزینه و ... دیوان داوری در مکان‌های متفاوتی تشکیل جلسه دهند یا ارتباطات به صورت کتبی انجام شود، در حالیکه داوران در محل اقامت خود استقرار دارند. این رویه‌ها به موجب قواعد و قوانین داوری جدید به رسمیت شناخته شده اند که مقرر می‌دارند مقر داوری نباید آن قدر مضیق تفسیر شود که فرایند داوری به مرزهای یک کشور محدود شود (De Ly, 1991, p. 54) از جمله مباحث مربوط به داوری مدرن، مقوله داوری الکترونیکی است که پژوهشگران را به بررسی بیشتر حول محور اینترنت و مسائل حقوقی آن واداشته است.

گفتنی است تاکنون تشبیه‌های متفاوتی برای اینترنت به کار رفته است اما تشبیه اینترنت به فضای مجازی گویای این است که اینترنت چگونه به عنوان رسانه ای جهت ارتباط بین افراد عمل می‌کند و به عنوان یک مکان به معنای حقوقی آن نیست (Zhao, 2005, p. 222). از سوی دیگر از نظر اکثر نویسندگان تشبیه فضای مجازی به مکان با توجه به ثابت بودن مکان و متغیر بودن فضای مجازی در طول زمان صحیح نمی‌باشد (Burk, 1998, p. 223) لیکن به جهت عدم تدوین مقرر در خصوص داوری الکترونیکی در حقوق ایران و نیز عدم پیوستن به کنوانسیون مورخ ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی که به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده است (یاقوتی و کیوانی، ۱۳۹۸، ص ۱۲۵)، در شرایط عدم صراحت قراردادی از قوانین سنتی موجود در این زمینه تبعیت می‌شود. همچنین حل و فصل دعاوی در فضای مجازی، نتیجه اعمال فناوری اطلاعات و تکنولوژی ارتباطات بر راه حل‌های غیر قضایی است (Hornle, 2004, p. 14) و بهترین گزینه حل و فصل غیرقضایی اختلافات تجاری بین‌المللی به شمار می‌رود (ابوترابی زارچی، محمد، ۱۳۸۶، ص ۷) که به دلایلی منجمله آیین دادرسی ساده، رسیدگی داوران منتخب طرفین به موضوع و صرفه جویی قابل توجه در زمان و هزینه (انصاری، ۱۳۸۷، ص ۲۳۴) در حال حاضر مورد استفاده تعداد بسیاری از شرکت‌های بین‌المللی است لذا مطالب فوق به خودی خود موجبات افزایش دغدغه

تفسیر مفاهیم مورد بحث و متعاقبا تعیین قانون در داوری‌های مجازی را فراهم آورده به گونه ای که قادر به پاسخگویی نیازهای روز باشند.

در خصوص مقر داوری می‌توان گفت که اهمیت آن در تعیین تابعیت رأی و صلاحیت دادگاه های محلی برای ابطال رأی داوری است. البته باید محل جغرافیایی و امکانات لازم را نیز در نظر بگیرند. در پاسخ به این سوال که تابعیت رأی داور، تابعیت کدام کشور است، دو نظریه عمده مطرح شده است: نظریه مقر داوری که به موجب آن، تابعیت رأی داور تابعیت کشور محل صدور رأی است و نظریه قانون شکلی حاکم بر داوری که بر اساس آن، تابعیت رأی داور تابعیت کشوری است که قانون شکلی اش بر جریان داوری حاکمیت داشته است که البته این نظر با اقبال کمتری مواجه بوده است (جنیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۹). اصولا دادگاه‌های مقر داوری دارای صلاحیت قضایی انحصاری برای اعمال نظارت قضایی اولیه بر رأی داوری و استماع دعاوی اعتراض به رأی داوری؛ در حدود شرایط و محدودیت‌های تعیین شده به وسیله قانون آن کشور، هستند. در هر حال، علی‌الاصول هر داوری دارای تابعیت است و این تابعیت لزوماً ملی است حتی اگر جنبه بین‌المللی داشته باشد اگر چه امکان تحقق داوری‌های بدون تابعیت نیز قابل انکار نیست (ایران‌شاهی، ۱۳۸۹، صص ۲۲۵- ۲۲۷- ۲۶۵).

در این میان در بعضی موارد نادر ممکن است هیچ جلسه و نشست و یا رسیدگی و اقدامی در شهر و کشوری که نام آن به عنوان مقر داوری قید شده است انجام نشود. به عنوان مثال، مقر دیوان داوری ورزش‌های المپیک در لوزان سوئیس و تحت حاکمیت قانون شکلی این کشور است. با این وجود، رسیدگی‌های دیوان و صدور رأی در محل بازی‌های المپیک صورت می‌گیرد (Kaufmann-Kohler, 2003, P. 1319). برخی از نویسندگان نیز قایل به مفهوم صرف حقوقی برای مقر داوری نبوده بلکه معتقدند که اصل بر این است که جلسات و فرایند داوری در آن برگزار شود مگر در موارد استثنایی. بعضی از قواعد داوری هم متمایل به این نظر هستند مثلاً ماده ۳-۲ مقررات داوری منطقه‌ای تهران مقرر داشته است: «الف- رسیدگی داوری و استماع طرفین در محل داوری انجام خواهد شد. ب- در صورتی که تشکیل جلسه رسیدگی در محل داوری عملاً مقدور نباشد، دیوان داوری می‌تواند به منظور مشورت بین داوران، بازرسی کالاها، اموال یا اسناد و همچنین برای استماع شهود، در هر محلی که مناسب بداند تشکیل جلسه دهد.» بدین ترتیب، بعضی از محققین با استناد به این ماده و بند ۲ ماده ۲۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی نتیجه گرفته‌اند که استماع دعوا و صدور رأی باید حتماً در مقر داوری انجام شود ولی سایر جلسات

ممکن است در محلی غیر از مقر داوری برگزار گردد مگر طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۲۰۰).

همچنین برخی از نویسندگان خارجی نیز با پیروی از نظر اخیر، معتقد به عدم ممانعت برای انجام برخی از اقدامات مربوط به داوری در خارج از مقر تعیین شده هستند لیکن با رد قدر موسع، انجام کل فرآیند داوری در خارج از مقر و به عبارتی تبدیل مقر داوری به یک ساختمان توخالی را نیز نپذیرفته‌اند. از طرفی گاهی با بیانیه ای از سوی طرفین یا داوران مواجه می‌شویم که اگر رأی خارج از مقر داوری صادر شود، اینگونه تلقی خواهد شد که رأی در مقر صادر شده است. این امر قابل قبول نبوده، زیرا مکانی که رأی واقعاً در آن صادر شده است با توافق طرفین قابل تغییر نیست. آنچه که طرفین می‌توانند در مورد آن توافق کنند این است که از حق اعتراض به رأی داوری بر اساس عدم رعایت مقر داوری صرف‌نظر کنند، مگر اینکه قانون مقر به نحو آمرانه‌ای به گونه ای دیگر مقرر کرده باشد (Rubino-Sammartano, 2001, p. 563-564).

باید توجه داشت که معیار کشورهای معتقد به نظریه مقر داوری یک معیار عرفی بوده به این معنا که مثلاً وقتی می‌گوییم مقر داوری فرانسه است حتماً این نیست که داوران در خاک فرانسه رسیدگی کرده باشند و رأی در آنجا صادر شده باشد بلکه ممکن است طرفین یک کشور را به عنوان مقر داوری انتخاب کنند در حالی که جلسات آنها در خاک یک کشور دیگر برگزار شود (یاقوتی و کیوانی، پیشین، ص ۱۳۷). النهایه با توجه به منطق متفاوت انتخاب مقر و محل برگزاری جلسات داوری و صراحت برخی اسناد بین‌المللی، در صورتی که شرایط یا منافع طرفین اقتضا کند، منعی برای برگزاری کل فرآیند داوری در خارج از مقر وجود ندارد مگر اینکه قانون حاکم بر آیین رسیدگی یا توافق طرفین، مانع این امر شود (صدیقی و نعیمی، پیشین، ص ۲۶۹). گفتنی است که رویکرد اخیر با تعریف محل داوری در بند ۲ ماده ۲۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی و قانون نمونه آنسیترال و نیز تمایز آن با مفهوم مقر داوری هماهنگ هست.

۲- تعیین قانون حاکم:

پیش از ورود به این مبحث برخی معیارها در خصوص تعیین قانون حاکم را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تعیین سه قانون مطرح است: قانون حاکم بر موافقت نامه داوری، قانون حاکم بر فرآیند داوری و قانون حاکم بر ماهیت دعوا (Belohlavek, 2013, p. 265) در تعیین هر یک از سه قانون یاد شده، در دکتترین، رویه‌ها و قواعد داوری، نظریاتی مشاهده

می‌شود که معتقد به حکومت قانون مقرر بر سه موضوع اصلی داوری هستند. در مقابل این دیدگاه، برخی معتقد به غیرمحملی‌سازی داوری و استقلال آن از مقرر هستند. به نظر ایشان، داوری تجاری بین‌المللی، به مثابه امری بین‌المللی، باید مستقل از هر نظام ملی و داخلی باشد و این اختیار باید برای داوران برقرار باشد که بتوانند فرایند داوری را فارغ از هر نظام ملی مدیریت نمایند (صدیقی و نعیمی، پیشین، صص ۲۶۹-۲۷۰) لذا پیش از ورود به مبحث قانون حاکم، دو نظریه محلی‌سازی و غیرمحملی‌سازی را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

نظریه محلی‌سازی (حاکمیت مقرر بر قوانین داوری) برگرفته از رویکرد سنتی بوده و بر آن است که قانون مقرر داوری اعم از اینکه توسط طرفین، داوران و یا دادگاه تعیین شده باشد، حاکم خواهد بود. به عبارت دیگر تعیین مقرر، داوری را به نظام حقوقی یک کشور پیوند می‌دهد (Rubino-Sammartano, op.cit, p. 277) و امتیازاتی منجمله اعتماد بیشتر طرفین به نتیجه به جهت قابل پیش بینی شدن نحوه رسیدگی و اتخاذ تصمیم، عدم امکان نظارت دادگاه محلی بر سوءاستفاده داوران از اختیارات خود با غیرمحملی‌کردن آیین دادرسی، آسان شدن شناسایی و اجرای آرای داوری و تسهیلات زیاد کنوانسیون نیویورک نسبت به آراء نهایی و الزام آور در کشور محل صدور، همچنین امکان شرط معامله متقابل در صورت تصویب اجرای کنوانسیون نیویورک در کشور مقرر داوری، از سوی حامیان این نظریه مطرح شده است. متقابلاً در نظریه غیر محلی‌سازی داوری استدلال می‌شود که با تکیه بر یک قانون جهان شمول حاکم بر داوری که با مقررات مقرر نیز تعارض چندانی نداشته باشد، داوری روند ساده تر و مطلوب تری به خود می‌گیرد در نتیجه دیگر نیازی به تجزیه و تحلیل بخش‌های مختلف آن از سوی طرفین و داوران و تبعیت هر بخش از یک قانون خاص وجود ندارد (جنیدی، لعیا، ۱۳۷۶، صص ۱۰۹-۱۱۰). دلایل دیدگاه نوین بیشتر به اصل حاکمیت اراده و خصوصی بودن داوری به عنوان یک روش حل و فصل اختلاف متکی است (Belohlavek, op.cit., p. 268) و اهم استدلال‌های مطروحه شامل دست و پا گیر بودن التزام به تمامی مقررات یک آیین دادرسی محلی و امکان غیرمتناسب بودن با نیازهای روز، تشبیه نادرست داور به قاضی در نظریه محلی‌سازی، امکان قصد طرفین در انتخاب یک کشور به عنوان مقرر داوری صرفاً جهت سهولت برای طرفین از لحاظ جغرافیایی و اقتصادی و عدم توجیه اجرای اجباری قواعد آیین دادرسی محلی، اجرای کنوانسیون نیویورک در خصوص تمام آرای خارجی صرفنظر از محلی بودن آن است (جنیدی، پیشین، صص ۱۱۱-۱۱۲).

به این نظریه از چند جهت انتقاد وارد شده و دیدگاه اصلی مخالفان این است که در هر حال گریزی از رجوع به قانون مقرر نیست چرا که در مسائلی چون جرح داوران، صدور قرارهای تأمینی

و یا تعیین داور در صورت امتناع یکی از طرفین، چاره‌ای جز رجوع به دادگاه‌های دولتی نیست به علاوه، قانون حاکم بر داوری، معمولاً تابعیت حکم داوری از لحاظ سرزمینی (اقامتگاه حکم داوری) را تعیین می‌کند، یعنی معلوم می‌کند که حکم، یک حکم داوری سوئیس، اتریشی، روسی یا ایتالیایی است. بدین ترتیب، امکان اجرای رای داوری را مطابق با کنوانسیون نیویورک و یا قواعد داخلی کشورها مشخص می‌کند (Rensmann, 1998, p. 48). در حال حاضر غیرمحملی سازی داوری تنها در صورتی ممکن است که توسط قانون حاکم بر داوری اجازه داده شده باشد. اصولاً کشورها تمایل دارند در جاتی از کنترل بر داوری را برای خود حفظ کنند. از سوی دیگر، ارتباط داوری با مقر موجب می‌شود که فرایند داوری در امنیت بیشتری قرار گیرد و منافع طرفین بیشتر تامین گردد (صدیقی و نعیمی، پیشین، ص ۲۷۳).

۱-۲- تعیین قانون حاکم بر قواعد و آیین رسیدگی

قانون شکلی حاکم بر داوری ناظر به موضوعاتی از قبیل: قابلیت ارجاع امر به داوری (بنا بر یک نظر)، تشکیل دیوان داوری، شرایط و صلاحیت‌های مورد نیاز داوران و جرح آنان، اختیارات و وظایف داوران، ارزیابی دلایل و جلب شهود، صدور دستور موقت، نهایی بودن رای داوری، شرایط صدور رای و اجرای رای داوری می‌شود (شیروی، پیشین، ص ۲۱۰). در مورد تعیین قانون حاکم بر آیین داوری در شرایط عدم توافق طرفین، نظریه‌های مختلفی وجود دارد. عده ای از علمای حقوق معتقد به آزادی داور (و نه فقط طرفین) در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری هستند. با این وجود باید توجه داشت که تفسیر این آزادی نباید به گونه‌ای باشد که در شرایط عدم صراحت قراردادی، داور بدون توجه به ملاک‌های احتمالاً موجود در قرارداد قادر به انتخاب خودسرانه هر قانونی که به نظر او عادلانه و مناسب است، باشد. لازم به توضیح است که منظور از قانون مناسب، قانونی است که مخالف نظم عمومی کشور محل داوری و به ویژه محل اجرای رای نباشد لذا مهم نیست که در این مورد داور یک قانون ملی را اعمال نماید یا به یک قانون و قاعده فراملی مانند «اصول کلی حقوق شکلی» مراجعه نماید. در این میان عده‌ای از قوانین داخلی کشورها، قانون حاکم بر تشریفات داوری را قانون محل رسیدگی داوری و یا اینکه محل صدور رای داوری می‌دانند. با این وجود نظریه غالب در خصوص قانون حاکم بر آیین رسیدگی داوری در صورت عدم توافق طرفین، نظریه قانون مقر است. در این میان اغلب کنوانسیون‌ها، در صورت عدم توافق طرفین، قانون محل داوری را حاکم بر تشریفات داوری معرفی کرده اند، جز در مورد کنوانسیون واشنگتن که اشاره ای به قانون محل داوری یا قانون دیگری جز قانون انتخاب شده

طرفین نمی‌کند. آرای داوری بسیاری نیز مبتنی بر این نظر است (اسکینی، ۱۳۶۸ صص ۱۶۶-۱۷۳).

به‌عنوان مثال، رای مورخ ۳ نوامبر ۱۹۷۷، صادره توسط داوران منتخب در چهارچوب مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، بطور صریح این عقیده را تایید نموده است. در پرونده اخیر، محل داوری پاریس معین شده بود ولی طرفین قانون حاکم بر تشریفات داوری را انتخاب نکرده بودند. دادگاه داوری چنین استدلال می‌کند: «در صورت عدم توافق طرفین، تشریفات داوری مطابق قانون کشوری برگزار می‌شود که داوری در آنجا جریان دارد لذا با توجه به اینکه داوری در پاریس جریان دارد، این قواعد آیین داوری فرانسه است که باید برای حل تمام نکات پیش‌بینی نشده در قرارداد اصلی و قرارداد داوری مورد استفاده و استناد قرار گیرد.» همچنین پاره‌ای از آرای داوری مهم نیز بر اساس همین نظریه صادر شده‌اند. از آن جمله است رای صادره در اختلاف میان شرکت بی‌پی و دولت لیبی که در آن داور پرونده آقای لاگرگن صلاحیت قانون محل داوری را اینطور توجیه می‌کند: «کشورهای مختلف بر حسب مورد، حق کنترلی را برای خود بر آرای داوری قائل‌اند. در این پرونده، طرفین حین انعقاد قرارداد داوری، قصد این را داشته‌اند داور رای صادر کند که در مرحله کنترل توسط قضات موثر باشد و مواجه با اشکال نشود. ضرورت صدور آرای موثر ایجاب می‌کند که داور از صدور رای فاقد تابعیت و صرفاً مبتنی بر حقوق بین‌الملل عمومی خودداری ورزد و قانون محلی را برای آیین داوری حاکم کند که داوری در آن جریان دارد.» نتیجتاً داور مزبور چنین تصمیم می‌گیرد که در پرونده مطروحه قانون حاکم و قابل اعمال بر تشریفات داوری، قانون دانمارک، محل برگزاری داوری است. همچنین در دعوای نفتی شرکت الف آکیتن علیه ایران، قانون آیین دادرسی کشور دانمارک و در دعوای شرکت سافایر علیه ایران، قانون آیین دادرسی کانتون وو^۱ از کشور سوئیس به عنوان قانون حاکم بر جریان رسیدگی معرفی شد که همان قانون مقرر داوری^۲ بود (موحد، ۱۳۸۶، صص ۲۴۳).

پروتکل ۱۹۲۳ ژنو در مورد شرط داوری، در ماده ۲ مقرر می‌کند: «آیین داوری، از جمله تشکیل دیوان داوری تابع اراده طرفین و قانون کشوری خواهد بود که داوری در آن سرزمین برگزار می‌شود.» این ماده برای قانون مقرر نقش فرعی و ثانوی قائل نیست و آن را در طول اراده طرفین قرار نمی‌دهد، بلکه آن را در عرض اراده طرفین می‌داند. مقرر مشابهی در پارگراف ج ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۲۷ ژنو در مورد اجرای آرای داوری خارجی وجود دارد. بر طبق این ماده

¹ Vaud

² Lex fori

یکی از شرایط لازم برای شناسایی یا اجرای رای داوری خارجی، این است که آن رای توسط دیوان داوری مقرر در موافقت‌نامه داوری تشکیل شده و به شیوه مورد توافق طرفین و مطابق قانون حاکم بر آیین داوری صادر شده باشد. اعتقاد بر این است که منظور از قانون حاکم بر آیین داوری «مذکور در این ماده کنوانسیون، قانون محلی است که داوری در آن برگزار شده است. بنابراین در این دو معاهده اصل حاکمیت اراده به صورت جزئی پذیرفته شده است؛ هر چند به موجب آن دو سند، طرفین آزادند که مقر داوری را انتخاب نمایند و نیز آزادند که قواعد آیین داوری را تعیین نمایند، اما این آزادی اخیر به وسیله اصل سرزمینی محدود شده است (Ferrante, 1982, pp. 135-141).

باید در نظر داشت که در برخی از موارد، مثلاً در پاره‌ای آرای صادره در نظام حقوقی انگلستان، مقر داوری یا انتخاب آن، نشانه‌ای بر قصد طرفین به انتخاب قانون آیین داوری آن محل گرفته نشده است و قانون محل داوری را در غیاب انتخاب آن قانون توسط طرفین، قابل اعمال نمی‌دانند. به ویژه در جایی که طرفین می‌خواهند داوری دعوی آنها طبق قواعد داوری یک سازمان داوری، مانند آی سی سی، برگزار شود یا در جایی که طرفین، مقر داوری را انتخاب نکرده باشند و این محل توسط داوران انتخاب شده باشد، هرگز آنها نمی‌خواسته‌اند که قانون مقر داوری، در مسئله آنها اعمال شود. بین‌المللی بودن داوری نیز ایجاب می‌کند که ضرورتاً قانون داوری ملی مقر داوری اعمال نشود زیرا طرفین با انتخاب دیوان داوری بین‌المللی انتظار ندارند که این امر وسیله‌ای برای اعمال قانون ملی غیرارادی آنها گردد (نیکبخت، ۱۳۹۳، ص ۱۳۹-۱۴۰). در این میان ذیلاً به بیان نمونه‌هایی از صلاحیت داوری در شرایط تعیین و عدم تعیین محل داوری اشاره می‌گردد.

یکی از این نمونه‌ها، پرونده شماره ۵۲۹۴ آی سی سی^۱ است که رای آن در ۲۲ فوریه ۱۹۸۸ صادر گردید. خواهان، موسسه دانمارکی و خوانده، موسسه مصری و موضوع قرارداد نیز تاسیس کشتارگاه احشام در مصر است. خواهان در ۷ می ۱۹۸۵ به خواسته خسارت، دعوایی را در داوری آی سی سی در زوریخ آغاز کرد. در این میان دبیرخانه آی سی سی داور منفرد را نصب و زوریخ را به عنوان محل داوری تایید کرد. خوانده ضمن اعتراض به صلاحیت داور از امضاء داوری نامه^۲ خودداری نمود و در دادرسی شرکت نکرد. داور به حکم وظیفه^۳ موضوع صلاحیت را رسیدگی و خود را صالح تشخیص داد زیرا محل داوری زوریخ و مقررات شکلی آن، قواعد داوری آی سی

۱. رجوع کنید به: Collection of ICC Arbitral Awards, vol. 1-3, 1985- 1990, pp. 180/82

۲ Terms of Reference

۳ Ex officio

سی و در صورت سکوت، آیین دادرسی زوریخ است (امیر معزی، پیشین، صص ۳۴۳-۳۴۴). در نمونه دیگری با موضوع صلاحیت داورى به استناد عدم تعیین محل داورى، خواهان فروشنده فرانسوی و خوانده خریدار هلندی است. رابطه طرفین مبتنی بر خرید پوست و چرم گوساله درجه ۱ تا ۴ به قیمت معین و بموجب قرارداد ۲۵ سپتامبر ۲۰۰۱ بوده که به واسطه عدم تطبیق کالا با مشخصات قراردادی به اختلاف کشیده شد. سپس فروشنده در تاریخ ۱۲ مارس ۲۰۰۲ به خواسته مطالبه خسارت (تفاوت قیمت قراردادی و قیمت فروش به خریدار ایتالیایی) به داورى اتاق داورى پاریس علیه خوانده مراجعه کرده تا بر طبق قواعد سازش و داورى اتحادیه عمومی چرم و پوست به اختلافات آنها رسیدگی شود. خوانده به دلیل نبود سند مکتوب داورى به صلاحیت داورى اعتراض کرده و اعلام داشت که بر محل داورى نیز توافق نکرده اند زیرا هیچ مبنای قانونی برای پاریس که محل داورى باشد، وجود ندارد و مدعى شد که داورى و تجدیدنظر آن در مرحله دوم (هر دو) بایستی در هلند برگزار شود. از آنجا که اختلاف بر سر منافع تجاری بین‌المللی است لذا هیات داورى آن را داورى بین‌المللی می‌داند و در قرارداد مورد بحث به قرارداد شماره ۶ چرم و پوست مورخ اول دسامبر ۱۹۹۰ و ضمیمه اروپایی آن اشاره دارد. در این قرارداد، ضمیمه اروپایی شرایط عمومی فروش و عرف و عادت تجاری درج گردیده است و در تذکر شماره سه این ضمیمه، مقرر می‌دارد: «اگر محل داورى و محل تجدیدنظر در قرارداد معین نشده باشد، فرض می‌شود که مقصود طرفین در کشور فروشنده بوده و قانون آن کشور اعمال خواهد شد». چون فروشنده فرانسوی خواهان در این دادرسی است فرض می‌شود که قرارداد بیع صحیح میان طرفین وجود دارد و اتاق داورى پاریس تنها موسسه داورى است که قواعد سازش و داورى در حرفه اتحادیه عمومی چرم و پوست را اجرا می‌کند و در اختلاف مذکور صلاحیت رسیدگی دارد. همچنین استدلال برای داورى در هلند نوعی تناقض گویی به حساب می‌آید زیرا خریدار هلندی سفارش خرید برای فروشنده فرانسوی را از طریق دلال فرستاده نه بالعکس آن. به عبارت دیگر، خریدار هلندی چیزی به فروشنده فرانسوی نفروخته است لذا اتاق داورى پاریس مناسب ترین موسسه داورى برای حل اختلاف میان طرفین است. از طرف دیگر، اصول استقلال قرارداد داورى و کارایی و فایده داورى^۱ را می‌توان در زمان ادعای یک طرف مبنی بر نبود قرارداد اعمال نمود لذا اعتراض به صلاحیت همراه با ماهیت، رسیدگی می‌شود و شرایطی را که به انعقاد قرارداد خرید منتهی شده نیز در ماهیت رسیدگی خواهد شد (همان، صص ۳۴۵-۳۴۶).

¹ Principle of efficacy

ماده ۱۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در خصوص تعیین قواعد رسیدگی بیان می‌دارد: «طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون در مورد رسیدگی داوری توافق نمایند. در صورت نبودن چنین توافقی، داور با رعایت مقررات این قانون داوری را به نحو مقتضی اداره و تصدی می‌نماید...» بدین ترتیب، در صورت عدم توافق طرفین، در کلیه داوری‌هایی که مقر آنها ایران است، قانون شکلی حاکم بر داوری، قانون ایران است. در صورتی که طرفین برخلاف آن توافق نموده و قانون کشور دیگری را انتخاب کنند، انتخاب مزبور تا حدی که مقررات امری مندرج در قانون ایران را نقض می‌کند، از اعتبار ساقط است و در هر حال رعایت موارد امری قانون ایران در داوری مزبور الزامی است. البته با توجه به اینکه مقررات امری قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران با مقررات امری کنوانسیون‌ها و اسناد داوری همسو است و عمدتاً همان اصول اجباری دادرسی است که نه تنها کلیه نظام‌های حقوقی ملی و اسناد داوری پذیرفته‌اند، بلکه بخشی از نظم عمومی فراملی محسوب است، مشکل مهمی پیش نمی‌آید.^۱ هرچند، به طور کلی، انتخاب کشوری به‌عنوان مقر و انتخاب قانون کشوری دیگر برای آیین داوری مشکلات زیادی را برای طرفین ایجاد می‌کند (جنیدی، پیشین، ص ۸۴).

۲-۲-۲- تعیین قانون حاکم بر امور ماهوی:

برای انتخاب و تعیین قانون حاکم بر موافقت نامه داوری، گزینه‌های فراوانی پیش روست. از جمله قوانینی که در بحث تعیین قانون حاکم می‌بایست مورد توجه قرار گیرند: ۱ - قانون حاکم بر توافق نامه، ۲ - قانون حاکم بر جریان داوری (قوانین شکلی)، ۳ - قانون حاکم بر ماهیت دعوا هستند. در این میان گروه دوم معتقدند که رأی داور تابعیت آن کشوری را دارد که قانون شکلی آن کشور بر جریان داوری حاکمیت دارد. در مورد اینکه چه کشورهایی قائل به نظریه اول هستند و کشور ایران چه نظری دارد می‌توان به ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران اشاره کرد که به طور ضمنی نظریه اول را پذیرفته‌اند. ماده ۱۵۰۵ قانون آیین دادرسی فرانسه هم نظریه داوری را پذیرفته است و بند ۱ ماده ۲ قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان نیز قائل به نظریه مقر داوری شده است (انصاری، پیشین، ص ۲۲۹).

در برخی از پرونده‌ها نیز اینگونه رأی داده شده که قانون حاکم بر قرارداد اصلی و یا قانون شکلی داوری، حاکم بر موافقت نامه داوری هستند (Rubino-Sammartano, op.cit, p. 231). برخی نیز قانونی را حاکم می‌دانند که نزدیک‌ترین ارتباط را با موافقت نامه داوری دارد. به عنوان

مثال دادگاه‌های اروپایی، بر اساس کنوانسیون اروپایی رم مصوب ۱۹۸۰ (در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی)، در فرض سکوت طرفین، قانون حاکم را قانونی دانسته اند که نزدیک ترین ارتباط را با قرارداد داشته است. کنوانسیون واشنگتن نیز پس از تاکید بر اراده طرفین در تعیین قانون حاکم، در بند یک ماده ۴۲ قانون دولت طرف دعوا و قواعد حقوق بین الملل را دخیل دانسته است. در عین حال قواعد برخی از نهادهای معروف داوری، مانند اتاق بازرگانی بین المللی، دیوان داوری لندن و یا انجمن داوری آمریکا، در ابتدا، بیان داشته‌اند که اگر طرفین به آنها مراجعه نمایند این بدان معناست که قواعد داوری این نهادها جزئی از موافقت نامه داوری و حاکم بر موافقت نامه داوری است (Ibid, p. 236-235).

همچنین در برخی از آراء داوری و کنوانسیون‌های بین المللی، مانند کنوانسیون نیویورک و ژنو ۱۹۶۱، نیز به قانون مقرر داوری اشاره شده است و نظر غالب در داوری‌های بین المللی آن است که در صورت سکوت طرفین، قانون مقرر داوری بر موافقت نامه داوری حاکم خواهد بود. علی‌اینها الحال باید توجه داشت که در حکومت قانون مقرر داوری بر موافقت نامه داوری باید بخش‌های مختلف را از هم تفکیک کرد. به این صورت که اهلیت طرفین اصولاً تابع قانون دولت متبوع آنها است و موضوعات دیگری چون توافق اراده طرفین، تفسیر موافقت نامه داوری و حوزه شمول آن نیز به شرطی تابع قانون مقرر داوری است که طرفین قانون دیگری را مشخص نکرده باشند اما داوری پذیری موضوع اختلاف، حداقل در مرحله رسیدگی به دعوی ابطال، تابع قانون مقرر داوری است. بنابراین قانون مقرر داوری نقش ثابت و یکسانی در حکومت بر موافقت نامه داوری ایفا نمی‌کند (صدیقی و نعیمی، پیشین، صص ۲۷۴-۲۷۵).

محدودیت‌های قواعد امری بر حاکمیت اراده، در داوری‌های سازمانی هم به رسمیت شناخته شده است. طبق ماده ۶ قواعد داخلی دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی، «دیوان هنگام بررسی پیش‌نویس رای داوری مطابق ماده ۲۷ قواعد داوری، الزامات امری قوانین کشور محل داوری را تا جایی که عملی باشد، مورد توجه قرار می‌دهد.» لذا هر چند براساس ماده ۱۵ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی، آیین داوری تابع قواعد سازمان است و داوران مکلف نیستند قانون آیین دادرسی و داوری مقرر داوری یا کشور دیگری را رعایت کنند، «اما به هر حال باید هنگام رسیدگی، قوانین آمره و نظم عمومی کشور محل رسیدگی را رعایت کنند که همین امر ممکن است پاره ای محدودیت‌های حقوقی برای او ایجاد کند و الا چه بسا رای صادره در مرحله اجرا دچار مشکل شود.» (محبی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۱) البته در مواردی خلاف آن نیز قابل توجیه است.

به عنوان مثال، در پرونده گات اوپل علیه شرکت ملی نفت ایران، علی‌رغم استدلال هیات داوری در رای مورخ ۱۶ ژوئن ۱۹۸۹، در خصوص اینکه شرکت ملی نفت ایران برای مراجعه به داوری مقرر در قرارداد به ارائه مجوز موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران نیاز ندارد لیکن گات اوپل درخواست ابطال رای داوری را به دلیل عدم اهلیت شرکت ملی نفت ایران مطرح نمود. دادگاه استیناف پاریس در برابر این پرسش که «آیا اعتبار شرط داوری مندرج در یک قرارداد بین‌المللی به وسیله یک شخص حقوقی حقوق عمومی را می‌توان با استناد به قوانین ملی شخصیت حقوقی حقوق عمومی بی اعتبار دانست؟» به شرح ذیل استدلال نمود: «قرارداد فی مابین از نوع قراردادی است که برای احتیاجات تجاری بین‌المللی، تحت شرایط و مطابق با عرف تجارت بین‌الملل منعقد می‌شود. نظم عمومی بین‌المللی، شخص حقوقی حقوق عمومی را از توسل به قوانین ملی برای بی اعتبار نمودن قرارداد داوری که قبلاً منعقد نموده است، منع می‌کند. از این رو گات اوپل نمی‌تواند به بی‌اعتباری شرط داوری به استناد عدم اهلیت به واسطه عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران توسل جوید و استدلال کند که شرکت ملی نفت ایران به دلیل عدم اخذ مجوز موضوع اصل ۱۳۹، اهلیت مراجعه به داوری را ندارد. زیرا نظم عمومی بین‌المللی شرایطی را که در این مورد به وسیله نظام داخلی مقرر شده است ملحوظ نظر قرار نمی‌دهد.» (امیر معزی، پیشین، ص ۵۵).

قواعد داوری مرکز منطقه ای داوری تهران نیز ارجحیت قواعد آمره بر قواعد داوری مرکز (که مبتنی بر اراده طرفین است) را پذیرفته است و به موجب ماده (۲) ۱ آن: «این قواعد بر داوری حاکم خواهد بود در صورتی که هر یک از این قواعد با یکی از مقررات قانون حاکم بر داوری که عدول از آن برای طرفین مجاز نمی‌باشد، تعارض پیدا کند، مقررات قانونی مزبور ارجحیت خواهد داشت.» قواعد داوری مرکز داوری واپیو (سازمان جهانی مالکیت فکری) از این حیث صراحت بیشتری دارد و به موجب پارگراف ب ماده ۵۹ آن: «قانون قابل اعمال نسبت به داوری، قانون محل داوری خواهد بود؛ مگر اینکه طرفین صراحتاً نسبت به اعمال قانون داوری دیگری توافق کرده باشند و چنین توافقی براساس قانون محل داوری مجاز باشد.» (صدیقی و نعیمی، پیشین، ص ۲۸۲) لذا باید در نظر داشت که کلیه اصطلاحات و ضمایم موافقتنامه داوری حائز اهمیت بوده و در رای صادره تاثیرگذارند.

به عنوان مثال، در پرونده شماره ۹۷۲۶ که در مورخ ۱۸ مارس ۲۰۰۳ منجر به صدور رای گردید، مسئله‌ای در خصوص ماده ۱۴ قرارداد تنظیم شده در مورخ ۹ مارس ۱۹۸۳ پیش آمد. این ماده مقرر کرده بود: «هر گونه اختلاف یا انحراف از قرارداد که دوستانه حل نشود، بایستی

از طریق داوری بر طبق قواعد آی سی سی در زوریخ (سوئیس) و بر طبق قانون کانتون زوریخ حل و فصل شود». در تفسیر درست این ماده می‌بایست سوابق را در نظر گرفت. این قرارداد با قرارداد ۲۶ مارس ۱۹۸۳ مرتبط است و طرفین هم می‌دانستند که قرارداد اخیر جزء لاینفک قرارداد قبلی است. در ضمیمه قرارداد اصلی حدود یک صفحه و نصف در رابطه با شرط داوری مطلب وجود داشت که داوری بر طبق قانون سوئیس در زوریخ را مقرر کرده بود و نوع داوری، موردی و توسط هیات سه نفره تعیین و نحوه انتخاب هر کدام دقیقاً توصیف شده بود. در ماده ۱۴ اخیر که با این قرارداد مرتبط است این فرق وجود داشت که داوری بر طبق قواعد آی سی سی در زوریخ را مقرر کرده که یک داوری سازمانی بر طبق قانون سوئیس در کانتون زوریخ است. اصطلاح «قواعد سازش و داوری» مختص قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس است و اصطلاح «قواعد میانجی‌گری و داوری» اختصاص به اتاق بازرگانی ملی زوریخ دارد. تحت اوضاع و احوال این پرونده بایستی نتیجه گرفت که معنی حقیقی شرط داوری مذکور داوری در زوریخ بر طبق قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی است که در آن قانون سوئیس بر اختلافات حاکم است. تصمیم این دیوان با رویه دادگاه زوریخ و رویه آی سی سی در پرونده‌های شماره ۴۴۷۲ آی سی سی ۱۹۸۴ و ۴۰۲۳ آی سی سی ۱۹۸۴ و ۳۴۶۰ آی سی سی ۱۹۸۱ نیز همسو و سازگار است (امیر معزی، پیشین، صص ۳۴۴-۳۴۵).

ماده ۵ کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۹۵۸ نیز در غیاب هرگونه نشانه‌ای بر توافق طرفین در مورد قانون حاکم، قائل به اعمال قانون کشوری شده که حکم داوری در آنجا صادر گردیده است. همچنین مرجع صالح کشوری که شناسایی و اجرای حکم از آن درخواست شده، در صورت میسر نبودن ارجاع موضوع مربوط به داوری در قانون خود و نیز در صورت مغایرت رای داور با نظم عمومی آن کشور، می‌تواند تقاضای شناسایی و اجرای حکم را رد کند. ایران نیز ضمن پیوستن به این کنوانسیون، در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در باب اعمال قانون حاکم مقرر نموده: «۱- داور، برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. ۲- در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد. ۳- داور، در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانمانه تصمیم بگیرد. ۴-

داور، باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند، و عرف بازرگانی مربوط را مورد نظر قرار دهد» لذا به نظر می‌رسد که رویکرد اخیر با توجه به مفاهیم مربوط به مقر و محل داوری و نیز گرایش به حاکمیت اراده، متمایل به اولویت توافق طرفین در درجه اول اهمیت و سپس قانون مقر داوری باشد.

دادرسی داوری الکترونیکی نیز در برگیرنده تقریباً موضوعات مطرح در دادرسی های سنتی است. به جز برخی مراحل و مسائلی که به علت نفوذ فن آوری در آن شکل خاص و گونه جدیدی را به خود اختصاص داده است. به عبارتی تنها تغییر فضاست که جلوه ای دیگر از نحوه ارتباط و تعامل را معرفی کرده است (السان، ۱۳۸۵، ص ۸۴). بی‌تردید این نظر که داور باید در انتخاب قانون حاکم آزاد گذاشته شود، می‌بایست مورد تایید قرار گیرد ولی از این آزادی نباید اینگونه مستفاد شود که داور قادر است در صورت عدم صراحت قرارداد طرفین، خودسرانه هر قانونی را بدون در نظر داشتن ملاک‌های احتمالا موجود در قرارداد منجمله کشوری که داوری در آن انجام خواهد یافت یا اشاره به صلاحیت یک موسسه داوری (مانند انجمن داوری آمریکا) و ملاک‌های دیگر چون زبان قرارداد، پول قرارداد، محل اجرای قرارداد و... اتخاذ تصمیم نماید. بعلاوه داور نمی‌تواند مقررات آمره کشوری را که داوری در آن جریان دارد را نادیده بگیرد و الا قاضی کشوری که از او تقاضای اجرای رای داوری می‌شود، محق خواهد بود به لحاظ مخالفت رای با نظم عمومی از اجرای آن خودداری کند(اسکینی، پیشین، صص ۱۷۹-۱۸۰).

نتیجه‌گیری

نظر به اولویت اصل حاکمیت اراده در عرصه داوری تجاری بین‌المللی همیشه این چالش وجود داشته که در شرایط سکوت یا عدم صراحت قراردادی بالاخص در داوری‌های موردی، کدام قانون در اولویت اعمال قرار دارد. مطالب پیش گفته مبین اهمیت مفاد موافقت نامه داوری و ضمامت و ملحقات آن و نیز مفهوم هر یک از اصطلاحات مقر و محل داوری بوده که به جهت تشابه لغتی در اصطلاحات انگلیسی و ترجمه‌های صورت گرفته به تبع آن، بخشی از موجبات ابهامات و اعمال رویه‌های مختلف فراهم آمده و نتیجتاً چالشی عظیم نیز برای داوران در عرصه تعیین قانون حاکم می‌باشد. ماده ۲۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی، محل داوری را تعریف نموده و به موجب آن و همانطور که توضیح داده شد، محل داوری به محل برگزاری جلسات و رسیدگی‌های مربوط گفته می‌شود و معیار سهولت دسترسی در تعیین محل داوری از سوی داور در صورت عدم تعیین آن از سوی طرفین نیز جهت تاکید بیشتر بر معنای قلمرو جغرافیایی و

فیزیکی بودن محل داوری بیان شده است. در این میان علی‌رغم اینکه در قانون اخیر تعریف صریحی از مقر داوری ارائه نشده لیکن در سطح بین‌الملل به معنای اقامتگاه حقوقی داوری به مفهوم انتزاعی آن و دارای بار قانونی پذیرفته شده است.

نکته حائز اهمیت اینکه تاثیر مفاهیم فوق در دو عرصه تعیین قانون شکلی (قواعد حاکم بر رسیدگی) و قانون ماهوی جهت رسیدگی به ماهیت اختلاف هم مطرح می‌گردد. در این میان با چند مقوله مقر داوری، محل برگزاری جلسات، محل صدور رای و محل اجرای رای داور رو به رو هستیم که هر یک از اندیشمندان در این عرصه قائل به اهمیت یک یا چند مورد از مفاهیم فوق هستند و طبیعتاً گرایش دولت‌ها نیز بیشتر بر اعمال قانون ملی خود و تحت سلطه نظامات دولتی در آوردن آرای داوری نیز مثل آرای صادره از محاکم دادگستری هستند. رویه‌های داوری موجود نیز به چالش‌ها دامن زده لیکن علی‌ایها الحال رویکرد غالب اولویت اعمال قانون مقر داوری چه در امور شکلی و چه ماهوی، در شرایط عدم صراحت قراردادی است که البته منافاتی با لزوم اعمال قوانین آمره ملی و نیز محل اجرای رای داوری در درجه اول اهمیت ندارد ولیکن سوال اینجاست که در صورت عدم تعیین قانون حاکم و نیز مقر داوری از سوی طرفین، پیش از مراجعه به سایر موارد آیا داور به استناد احراز قصد طرفین به اعمال قانون محل داوری با تعیین محل در قرارداد، ملزم به رعایت این قانون نیز خواهد بود؟ مسئله مطرح دیگر، تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف است که در این خصوص نیز اختلاف نظرهایی در صورت عدم توافق طرفین وجود دارد. در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌الملل، به مراجعه داور به قواعد حل تعارض مناسب در صورت عدم تعیین قانون قابل اعمال از سوی طرفین اشاره شده است. لذا با در نظر داشتن اصل حاکمیت اراده و اهمیت توافق طرفین و نیز پیروی از مقررات موجود منجمله مواد ۱۹ و ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی (مقتبس از قانون نمونه آنسیترال)، در صورت عدم تعیین قانون حاکم و نیز مقر داوری چه باید کرد؟ با توجه به مطالب پیشگفته به نظر می‌رسد چه در حوزه قواعد رسیدگی و چه در حوزه رسیدگی ماهوی فارغ از لزوم پیروی از قوانین آمره فوق‌الذکر، نمی‌توان الزاما ارتباطی میان محل داوری و اعمال قانون آن برقرار نمود هر چند که ممنوعیتی نیز برای تعیین قانون محل داوری در صورت صلاحدید داور وجود ندارد. البته باید در نظر داشت که تعیین قانون محل داوری در مواردی شامل داوری مدرن یا اینترنتی و اشکال خاصی از داوری منجمله اینکه چند محل در موافقت نامه طرفین تعیین شده باشد، با معضلاتی رو به رو می‌گردد. در این میان تبعیت داوری‌های الکترونیکی از رویه حاکم در داوری‌های سنتی به جهت عدم تدوین قانون مستقل در این حوزه و نیز عدم پیوستن به کنوانسیون استفاده از ارتباطات

الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی سازمان ملل، موجب بروز چالش‌هایی حول محور مقر و محل داوری و اعمال قانون مربوط نیز شده است که مورد بحث قرار گرفت لذا تصویب قانون مناسب در این عرصه و یا پیوستن به کنوانسیون فوق‌الذکر از جمله الزامات موجود برای پاسخگویی به نیازهای روز به نظر می‌رسد و فی الحال در این نوع از داوری پیشنهاد می‌گردد طرفین موافقت نامه داوری، حسب مورد نسبت به تعیین قانون مناسب غیر متعارض با قوانین موجود در سطح داخلی، اقدام نمایند.

فهرست منابع:

منابع فارسی:

- ۱- ابوترابی زارچی، محمد، داوری بر خط و مسائل حقوقی آن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶.
- ۲- السان، مصطفی، جنبه‌های حقوقی داوری آنلاین، نامه حقوقی مفید، شماره ۵۸، ۱۳۸۵، ص ۸۴.
- ۳- ایرانشاهی، علیرضا، تابعیت رأی داور، مجله حقوق بین‌المللی، نشر مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، جلد ۲۷، شماره ۴۷، زمستان ۱۳۸۹.
- ۴- موحد، محمد علی، درس‌هایی از داوری‌های نفتی: قانون حاکم، تهران، انتشارات کارنامه، ۱۳۸۶.
- ۵- نیکبخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین‌المللی: آیین داوری، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۳.
- ۶- یاقوتی، ابراهیم و کیوانی، میترا، بررسی چالش‌های داوری الکترونیکی، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۴۰، ۱۳۹۸.
- ۷- اسکینی، ربیعا، تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۱، ۱۳۶۸.
- ۸- امیر معزی، احمد، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۳۹۰.
- ۹- انصاری، پرویز، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- ۱۰- جنیدی، لعیا، اجرای آراء داوری بازرگانی خارجی، تهران، شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- ۱۱- جنیدی، لعیا، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
- ۱۲- شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین‌المللی، تهران، نشر سمت، چاپ اول، ۱۳۹۱.

- ۱۳- صدیقی، بهاره و نعیمی، سید مرتضی، آثار حقوقی مقرر در داوری‌های تجاری بین‌المللی، پژوهش‌های روابط بین‌الملل، شماره ۲۱، ۱۳۹۵.
- ۱۴- محبی، محسن، نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۴، ۱۳۷۸.

منابع خارجی:

- 15- Belohlavek, Alexander. J, Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth .ASA Bulletin, 31 (2), 2013.
- 16- Born, Gary B, International Arbitration: Law and Practice, The Hague: Kluwer Law International, 2012.
- 17- Burk, Dan L, Trademark Doctrines for Global Electronic Commerce, S.G.L publisher, 1998.
- 18- Collection of ICC Arbitral Awards, vol. 1-3, 1985- 1990.
- 19- De Ly, FILIP, The Place of Arbitration in the Conflicts of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning, Northwestern Journal of International Law and Business, 12 (1), 1991.
- 20- Ferrante, Mauro, About the Nature (National or A-National, Contractual or Jurisdictional) of ICC Awards under the New York Convention, In The Art of Arbitration. Liber Amicorum and Pieter Sanders, 1982.
- 21- Hornle Julia , Online Dispute Resolution, JISC Legal Briefing Paper, First edn, 2004.
- 22- Janicijevic, Dejan, Delocalization in International Commercial Arbitration, Law and Politics, 3(1), 2005.
- 23- Kaufmann-Kohler, Gabrielle, Globalization of Arbitral Procedure, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 36, 2003.
- 24- Rubino-Sammartano, Mauro, International Arbitration: Law and Practice, the Hague: Kluwer Law International, 2nd Edition, 2001.
- 25- Zhao, Yun, Disput Resolution In E-Commerce, volume 9, Boston.Martinus Nijhoff publisher, 2005.
- 26- Rensmann, Thilo, A national Arbitral Awards-Legal Phenomenon or Academic Phantom?, Journal of International Arbitration, 15 (1), 1998.