



## داوری در حقوق بین الملل خصوصی

علیرضا انتظاری نجف آبادی، حسن بابائیان

دکترای حقوق خصوصی، عضو هیات علمی و استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق Entezari.uni@gmail.com  
 وکیل پایه یک دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق wakilbabaieian@yahoo.com

### چکیده:

رسیدگی به اختلافات و دعاوی یا از طریق محاکم رسمی دادرسی است که منشأ مشروعیتشان از قانون است و یا توسط شخص یا اشخاصی است که مشروعیتشان برای دادرسی ناشی از تراضی و توافق طرفین دعوی است که رسیدگی از طریق داوری در دسته اخیر جای می‌گیرد. حل و فصل اختلافات از طریق داوری تجربه موفق بازرگانان و شرکت‌های تجاری در حل مناقشات به شیوه مسالمت‌آمیز و سریع به حساب می‌آید. در داوریه‌های بازرگانی بین المللی همانند دادگاه‌های داخلی که به مسایل بین المللی رسیدگی می‌نمایند. تعیین حقوق حاکم بر ماهیت واجد اهمیت خاصی است: دادگاه داوری بین المللی یا دادگاه داخلی باید تعیین کند که حقوق حاکم بر ماهیت دعوی کدام است، به دیگر سخن باید مشخص نماید که مسایل ماهوی مورد نزاع تابع کدام قانون است و بر طبق کدام قواعد باید حل و فصل شود داوری در حقوق اسلامی تحت عنوان قضاوت تحکیمی مطرح می‌شود. مستند آن، آیه شریفه (و ان خفتم شقایق بینهما فابعتوا حکماً من اهله و حکما من اهلها) مفاد آیه موید جواز و نفوذ داوری در اختلافات خانوادگی است که با الغای خصوصیت می‌توان آن را به اختلافات مشابه تسری داد. مطابق با ماده ۴۵۴ قانون آئین دادرسی مدنی ایران کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشند در صورت طرح در هر مرحله از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند. قانون داوری تجاری بین المللی، مانند قانون نمونه آنسیترال، مشتمل بر ۳۶ ماده است و فصل بندی آن مشابه فصل بندی قانون نمونه است برخی از مقررات داوری در فضای بین المللی عبارتند از: داوری در قانون داوری نمونه آنسیترال ۱۹۸۵ و داوری در قانون مرکز حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری، معروف به «اکسید». مزیت داوری بین المللی عبارتست از سرعت، رسیدگی فنی و تخصصی، جنبه محرمانه بودن، امتیاز بی طرفی داوری، مزیت کم هزینه تر بودن، امتیاز مسالمت آمیز بودن، مزیت شناسایی و اجرای بهتر و گسترده تر. در مورد معیار وصف بین المللی در نظام های مختلف حقوقی، معیار واحدی وجود ندارد، برخی از نظام ها، داوری را زمانی بین المللی می‌دانند که لاقلاً یکی از طرفین اختلاف در خارج از آن کشور اقامت داشته باشند و برخی نظام ها، داوری را بین المللی تلقی می‌نمایند. در صورتیکه الف: یکی از طرفین در خارج سکونت داشته باشد. ب: محل تجارت یکی از طرفین در خارج باشد. ج: محل اجرای بخش مهمی از تعهد در خارج از کشور باشد. همچنین قانون نمونه آنسیترال ۱۹۸۵ داوری را بین المللی می‌داند الف) اگر محل تجارت در زمان انعقاد قرارداد، در کشورهای مختلف باشد. ب) محل داوری مطابق قرارداد که بخش عمده تعهد ناشی از رابطه تجاری قرار است در آنجا اجرا شود در خارج از کشوری باشد که محل تجارت طرفین قرار دارد. ج) طرفین اختلاف صراحتاً توافق کرده باشند که موضوع توافق نامه داوری به بیش از یک کشور ارتباط داشته باشد. حقوق حاکم بر ماهیت داوری بین المللی عبارتند از ۱- کنوانسیون ها ۲- توافقات طرفین ۳- انتخاب و نظر داوران ۴- قواعد نظام های حقوقی داخلی ۵- رویه داوری بین المللی. موافقت نامه یا به صورت شرط داوری یا به صورت قرارداد مستقل داوری است در این تحقیق که به روش کتابخانه ای است نسبت به این موضوعات بحث شده است.

**کلمات کلیدی:** داوری، داوری تجاری بین المللی، حقوق حاکم، مزیت داوری بین المللی، معیار بین المللی، موافقتنامه داوری

### ۱. مقدمه

#### ۱-۱. معرفی موضوع:

رسیدگی به اختلافات و دعاوی یا از طریق محاکم رسمی دادرسی است که منشأ مشروعیتشان از قانون است و یا توسط شخص یا اشخاصی است که مشروعیتشان برای دادرسی ناشی از تراضی و توافق طرفین دعوی است که رسیدگی از طریق داوری در دسته اخیر جای می‌گیرد. حل و فصل اختلافات از طریق داوری تجربه موفق بازرگانان و شرکت‌های تجاری در حل مناقشات به شیوه مسالمت‌آمیز و سریع به حساب می‌آید. نهاد داوری در ایران تابع یک سری قوانین و مقررات پراکنده می‌باشد که از جمله آنها می‌توان به بخش هفتم از قانون آیین دادرسی مدنی ایران که شامل مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱ بوده و اختصاص به روش حل و فصل اختلاف به شیوه داوری می‌نماید و در داوریه‌های داخلی معتبر و قابل اجرا می‌باشد و نیز قانون داوری تجاری بین المللی که شامل ۳۶ ماده و تا حدودی ملهم از قانون نمونه کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل (آنسیترال) در خصوص داوری تجاری بین المللی و با شرایط داخلی ایران منطبق و قابل اعمال بر داوریه‌های بین المللی می‌باشد، اشاره کرد. (مافی، ۱۳۹۵، ص ۲) هر اندازه که مراجعه به داوری در روابط تجاری داخلی به نسبت مراجعه به دادگستری محدود است، استفاده از داوری در قراردادهای تجاری بین المللی یعنی قراردادهایی که دارای یک عنصر خارجی است، مورد توجه بسیار قرار دارد. علت اساسی این امر دلایل گوناگونی می‌تواند داشته باشد،



مثل سرعت در رسیدگی، عدم اعتماد طرفین به دادگاه های داخلی یکدیگر، میل «جامعه بین المللی خریداران و فروشندگان» به داشتن دادگاه های اختصاصی ولی واقعیت این است که امروزه کمتر قرارداد تجاری بین المللی پیدا می شود که در آن در مورد مراجعه به داوری، به عنوان تنها وسیله حل و فصل اختلافات میان طرفین اشاره نشده باشد.

### ۱-۲. بیان و معرفی مسئله :

در داوریهای بازرگانی بین المللی همانند دادگاههای داخلی که به مسایل بین المللی رسیدگی می نمایند. تعیین حقوق حاکم بر ماهیت واجد اهمیت خاصی است : دادگاه داوری بین المللی یا دادگاه داخلی باید تعیین کند که حقوق حاکم بر ماهیت دعوی کدام است، به دیگر سخن باید مشخص نماید که مسایل ماهوی مورد نزاع تابع کدام قانون است و بر طبق کدام قواعد باید حل و فصل شود. البته در دادگاههای داخلی قاضی به قانون دولت متبوع خود مراجعه و با توسل به قواعد تعارض آن، قانون حاکم را تعیین می نماید. ولی در داوریهای بازرگانی بین المللی چون داور وابسته به کشور خاصی نیست و به اصطلاح حقوق فاقد قانون مقر دادگاه است، لذا تعیین حقوق حاکم بر ماهیت در داوریهای مزبور از اهمیت بیشتری برخوردار است

### ۱-۳. هدف تحقیق :

تحقیق حاضر مربوط به داوری بازرگانی بین المللی است و مقصود ما از داوری بین المللی هم، همین نوع داوری است و تعیین حقوق حاکم بر ماهیت در داوریهای حقوق بین الملل عمومی (داوری بین دولتها) در اینجا مورد نظر نخواهد بود. در این تحقیق ابتدا با اشاره ای به بحث داوری در فقه و داوری در ایران، و شناخت داوری های بین المللی و برخی از مقررات داوری در فضای بین المللی، معیار بین المللی بودن و مزیت های داوری بین المللی و نیز قانون حاکم بر ماهیت داوری های بین المللی و در نهایت انواع موافقت نامه ها و شرایط شکلی و ماهوی آنها مورد بررسی و پژوهش قرار میگیرد.

### ۲. سوالات و فرضیه ها :

#### ۲-۱. الف : سوالات :

- ۱- چند نمونه از قوانین مرتبط با موضوع داوری را بیان کنید ؟
- ۲- قوانین مربوط به داوری در قانون آیین دادرسی مدنی ایران در مورد کدام موضوعات است ؟
- ۳- گستره قانون داوری تجاری بین المللی در مورد کدام موضوعات است ؟
- ۴- گستره قانون داوری نمونه آنسیترال ۱۹۸۵ در مورد کدام موضوعات است ؟
- ۵- گستره قانون داوری مرکز داوری اکسید در مورد کدام موضوعات است ؟
- ۶- مزیت داوری های بین المللی چیست ؟
- ۷- معیار وصف بین المللی چیست ؟
- ۸- حقوق حاکم بر ماهیت داوری بین المللی چیست ؟

#### ۲-۲. ب: فرضیه ها :

#### به نظر میرسد :

- ۱- قوانین متعددی در این خصوص وجود دارد من جمله قانون آیین دادرسی مدنی ایران، قانون داوری تجاری بین المللی، قانون داوری نونه آنسیترال ۱۹۸۵، قانون مرکز داوری اکسید، قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه
- ۲- کلیه دعاوی بجز دعاوی ورشکستگی و دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب قابل داوری است.
- ۳- برابر بند ۱ ماده این قانون قلمرو اجرای قانون محدود به داوری تجاری بین المللی است و این گونه داوری از شمول قواعد داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین و مقررات مستثنی است.
- ۴- این قانون به توصیه سازمان ملل برای ایجاد وحدت حقوقی در داوری بازرگانی بین المللی ایجاد شد.
- ۵- این قانون راجع به حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری میان دولتها و اتباع دول دیگر میباشد.
- ۶- سرعت، رسیدگی فنی و تخصصی، جنبه محرمانه بودن، امتیاز بی طرفی داوری، مزیت کم هزینه تر بودن، امتیاز مسالمت آمیز بودن، مزیت شناسایی و اجرای بهتر و گسترده تر
- ۷- برخی از نظام ها، داوری را زمانی بین المللی می دانند که لاقال یکی از طرفین اختلاف در خارج از آن کشور اقامت داشته باشد و برخی در شرایطی که یکی از طرفین در خارج سکونت داشته باشد و یا محل تجارت یکی از طرفین در خارج باشد. یا محل اجرای بخش مهمی از تعهد در خارج از کشور باشد.



۸- حقوق حاکم بر ماهیت داوری بین المللی عبارتند از ۱- کنوانسیون ها ۲- توافقات طرفین ۳- انتخاب و نظر داوران ۴- قواعد نظام های حقوقی داخلی ۵- رویه داوری بین المللی

## متن اصلی

### ۱. بند اول: داوری در ایران:

#### ۱-۱. داوری در فقه شیعه :

داوری در حقوق اسلامی تحت عنوان قضاوت تحکیمی مطرح می شود. مستند آن، آیه شریفه (و ان خفتم شقایقَ بینهما فابعثوا حکماً من اهله و حکماً من اهلها) مفاد آیه موید جواز و نفوذ داوری در اختلافات خانوادگی است که با الغای خصوصیت می توان آن را به اختلافات مشابه تسری داد. برخی از فقها برای موضوعات قابل ارجاع به داوری محدودیتی قائل نیستند. (شهید ثانی) در مقابل گروهی از فقهای شیعه قابلیت تحکیم موضوعات کیفری مانند حکم حبس و دیگر مجازات ها را عموماً و حدود الهی را که طالب معین ندارد خصوصاً، مورد تردید و تشکیک قرار داده اند. (شیخ طوسی و محمد حسن نجفی). ولی همه فقهای شیعه در مورد قابل داوری بودن دعاوی مالی و بازرگانی اتفاق نظر دارند. اغلب فقها معتقدند که رای مزبور به محض صدور الزام آور بوده و برای طرفین داوری لازم الاتباع بوده است. در حقوق اسلامی اعتقاد بر این است که همه شرایط لازم برای قاضی منصوب برای قاضی تحکیم نیز ضروری است. تنها استثناء لزوم وجود اذن می باشد. بنابراین در این زمینه به نظر می رسد که با احکام داوری تا حدی تعارض دارد. برخی از حقوقدانان سعی نموده اند با توسل به مسائلی از قبیل قواعد لاجرح یا مصلحت نظام این مشکل را رفع نمایند.

#### ۱-۲. داوری در قانون آیین دادرسی مدنی ایران

قانون آیین دادرسی مدنی ایران مشتمل بر ۵۲۹ ماده در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی ایران رسید. مطابق با ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی ایران کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه ها طرح شده یا نشده باشد در صورت طرح در هر مرحله از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند (قانون آیین دادرسی مدنی ایران، ۱۳۷۹، فصل هفتم).

#### ۱-۳. داوری در قانون داوری تجاری بین المللی

دولت جمهوری اسلامی ایران در صدد تهیه قانون جدیدی برای داوری تجاری بین المللی برآمد و لایحه ای زیر عنوان «قانون داوری تجاری بین المللی» به مجلس شورای اسلامی تقدیم کرد که بدون دشواری زیاد در ۲۶ شهریور ۱۳۷۶ به تصویب مجلس و در ۹ مهر همان سال به تأیید شورای نگهبان رسید. تصویب چنین قانونی به ویژه از آنجا لازم می نمود که مقررات آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در زمینه داوری (مواد ۶۳۲ تا ۶۸۰) که از قانون آیین دادرسی پیشین فرانسه گرفته شده بود، حدود شصت سال از عمرش گذشته و در این مدت تحول چشمگیری در مقررات داوری ملی و بین المللی پدید آمده است. گرایشها و اندیشه های جدیدی در حقوق داوریها شکل گرفته که در قدیم مطرح یا مورد قبول نبوده است. از این رو مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی، کهنه و ناقص و خصوصاً نامناسب برای داوری بازرگانی بین المللی است. (قانون

#### داوری تجاری بین المللی، ۱۳۷۶، مواد ۶۳۲ الی ۶۸۰)

خوشبختانه تهیه کنندگان لایحه قانون داوری تجاری بین المللی الگوی خوب و جالبی در اختیار داشتند که عبارت از «قانون نمونه داوری بازرگانی بین المللی آنسیترال» بوده است.

قانون داوری تجاری بین المللی، مانند قانون نمونه آنسیترال، مشتمل بر ۳۶ ماده است و فصل بندی آن مشابه فصل بندی قانون نمونه است، با این تفاوت که قانون داوری تجاری بین المللی دارای نه فصل و قانون نمونه آنسیترال متضمن هشت فصل است. در هشت فصل اول قانون ایران با بهره گیری از قانون نمونه، از مقررات عمومی، موافقت نامه داوری، ترکیب هیأت داوری، صلاحیت داور، نحوه رسیدگی داوری، ختم رسیدگی صدور رأی، اعتراض به رأی و اجرای رأی سخن به میان آمده و فصل نهم قانون زیر عنوان «سایر مقررات» مشتمل بر یک ماده (ماده ۳۶) است که در سه بند قلمرو اجرایی قانون را مشخص کرده است.

برابر بند ۱ ماده یادشده قلمرو اجرای قانون جدید محدود به داوری تجاری بین المللی است و این گونه داوری از شمول قواعد داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین و مقررات مستثنی است. معیار بین المللی بودن داوری از نظر ق. د. ت. ب. آن است که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقتنامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد (بند ب ماده ۱). این تعریف قلمرو داوری بین المللی مشمول قانون را بسیار محدود می کند.



# کنفرانس سالانه پژوهش های حقوقی و قضایی

شهریورماه ۱۳۹۶



## ۲. بند دوم : داوری تجاری بین المللی

داوری در بازرگانی بین المللی، مهم ترین و رایج ترین شیوه حل اختلافات بازرگانی بین المللی به شمار می رود.  
برخی از مقررات داوری در فضای بین المللی

### ۲-۱ الف: داوری در قانون داوری نمونه آنسیترال ۱۹۸۵

«قانون نمونه داوری بازرگانی بین المللی آنسیترال» پس از سالها بررسی و مطالعه کارشناسان کشورهای مختلف، سرانجام در سال ۱۹۸۵ مورد تصویب کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین المللی (آنسیترال) واقع شد و مجمع عمومی سازمان ملل در قطعنامه مورخ ۱۱ دسامبر ۱۹۸۵ خود به کشورهای جهان توصیه کرد که برای ایجاد وحدت حقوقی در داوری بازرگانی بین المللی از قانون نمونه بهره گیرند. قانون نمونه یک قانون لازم الاجرا به شمار نمی آید، بلکه سندی است که بر اساس علم و تجربه و مطالعات کارشناسانه عمیق فراهم آمده و الگویی مناسب برای کشورهایی است که در پی نوسازی مقررات خود در زمینه داوری تجاری بین المللی و هماهنگ کردن آن با گرایشهای نوین جهانی هستند. بدیهی است کشوری که به این کار بپردازد اعتماد بازرگانان بین المللی را به حل و فصل اختلاف از طریق داوری بر طبق مقررات خود جلب می کند و حتی ممکن است به عنوان مرکزی برای داوری تجاری بین المللی شناخته و پذیرفته شود. (قانون داوری نمونه آنسیترال، ۱۹۸۵، فصل هفتم)

### ۲-۲ ب: داوری در قانون مرکز حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری، معروف به «اکسید»

وجود عواملی چون اهمیت فزاینده سرمایه گذاری خصوصی خارجی برای پیشبرد اهداف اقتصادی کشورهای در حال توسعه و نیاز به دانش فنی پیشرفته و حجم زیاد سرمایه از یک طرف، و خواست سرمایه گذاران خارجی مبنی بر خارج ساختن اختلافات مربوط به سرمایه گذاری از حیطه صلاحیت قضایی کشورهای سرمایه پذیر و جستجوی مرجعی بیطرف برای تصمیم گیری، محرمانه بودن و حفظ اسرار دعوی، رسیدگی فنی و تخصصی و عدم آشنایی کافی با مقررات کشور سرمایه پذیر و عواملی از این قبیل از سویی دیگر، سبب گردید که دولتهای عضو بانک جهانی با انعقاد «کنوانسیون راجع به حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری میان دولتها و اتباع دول دیگر در سال ۱۹۶۵ به تأسیس مرکزی به منظور حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری معروف به «اکسید هدف و فلسفه وجودی مرکز، ایجاد تسهیلات و امکانات لازم جهت حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری میان دولتهای متعاقد، یا نماینده یا تشکیلات فرعی آنها از یک سو و اتباع دولتهای دیگر عضو اعم از حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر، از طریق رسیدگی سازش و داوری می باشد. (قانون مرکز حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری، اکسید، ۱۹۶۵، ماده ۵۲)

شرط مهم و مبنای اصلی صلاحیت مرکز، رضایت و قبول کتبی طرفین اختلاف است که معمولاً در قرارداد سرمایه گذاری یا داوری درج می گردد. بنابراین توسل به سازش و داوری مرکز کاملاً اختیاری است و صرف عضویت دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه گذار خارجی در کنوانسیون، بدون تراضی قبلی در خصوص ارجاع امر به مرکز کافی نمی باشد. با وجود این، به محض اعلام رضایت طرفین، رسیدگی به اختلاف به طور انحصاری در صلاحیت مرکز قرار خواهد گرفت و استرداد رضایت به طور یک جانبه از سوی هیچ یک از طرفین امکان پذیر نخواهد بود.

کنوانسیون برای مرکز، سازمان و تأسیسات خاصی را پیش بینی کرده است که هسته اصلی آن را شورای اداری، دبیرخانه، هیأت مصلحان و هیأت داوران تشکیل می دهد. هر یک از دول عضو کنوانسیون که در حقیقت از اعضای بانک جهانی نیز هستند حق انتخاب و معرفی نماینده ای برای حضور در جلسات شورای اداری را خواهند داشت. ریاست شورای اداری بر عهده رئیس بانک جهانی است و لیکن وی فاقد حق رأی می باشد. شورای اداری وظیفه تصویب مقررات مالی و اداری مرکز، تعیین مقررات آیین رسیدگی جریان سازش و داوری، برقراری ترتیبات لازم با بانک برای استفاده از تسهیلات و خدمات اداری بانک، تعیین شرایط خدمت دبیر کل و معاون وی، تصویب بودجه سالیانه درآمد و مخارج مرکز، و تصویب گزارش سالیانه اداره مرکز را برعهده دارد.

### ۳. بند سوم : مزیت داوری بین المللی

الف : سرعت

ب- رسیدگی فنی و تخصصی

ج- جنبه محرمانه بودن

د- امتیاز بی طرفی داوری

ه- مزیت کم هزینه تر بودن

و- امتیاز مسالمت آمیز بودن



# کنفرانس سالانه پژوهش های حقوقی و قضایی

شهریورماه ۱۳۹۶



ی- مزیت شناسایی و اجرای بهتر و گسترده تر.

بیش از نود و پنج درصد اختلافات بین المللی از طریق داوری حل و فصل می شود.

## ۴. بند چهارم : معیار وصف بین المللی

در مورد این موضوع که چه زمانی موضوع مشمول داوری بین المللی محسوب می شود، در نظام های مختلف حقوقی، معیار واحدی وجود ندارد:

۱- برخی از نظام ها، داوری را زمانی بین المللی می دانند که لاقل یکی از طرفین اختلاف در خارج از آن کشور اقامت داشته باشند.

۲- برخی نظام ها، داوری را بین المللی تلقی می نمایند. در صورتیکه:

**الف :** یکی از طرفین در خارج سکونت داشته باشد.

**ب:** محل تجارت یکی از طرفین در خارج باشد. ج: محل اجرای بخش مهمی از تعهد در خارج از کشور باشد.

۳- قانون نمونه آنسیترال ۱۹۸۵ داوری را بین المللی می داند :

**الف)** اگر محل تجارت در زمان انعقاد قرارداد، در کشورهای مختلف باشد.

**ب)** محل داوری مطابق قرارداد که بخش عمده تعهد ناشی از رابطه تجاری قرار است در آنجا اجرا شود در خارج از کشوری باشد که محل تجارت طرفین قرار دارد.

**ج)** طرفین اختلاف صراحتاً توافق کرده باشند که موضوع توافق نامه داوری به بیش از یک کشور ارتباط داشته باشد.

**ایراد ۱:** بر معیار مقرر داوری این ایراد وارد شده است که ممکن است یک رابطه تجاری داخلی یا توافق طرفین در خصوص مقرر داوری وصف بین المللی پیدا کند.

**ایراد ۲:** بر معیار بند ج هم ایراد شده است که نمایانگر اراده گرای افراطی است و سعی در بین المللی ساختن تصنعی داوری دارد.

۴- در بند دوم ماده یک قانون داوری تجاری بین المللی ایران: ( داوری بین المللی عبارت است از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت نامه داوری، به موجب قوانین ایران، تبعه ایران نباشد).

**ایراد :** بر این ماده انتقاد شده است: تابعیت را معیار قرار داده است و بدین ترتیب سعی در محدود کردن خصیصه بین المللی داوری داشته است زیرا می خواهد تعداد مواردی را که متعاقبین می توانند از صلاحیت قانونی یا قضایی قابل اعمال نسبت به اختلاف بگیرند را محدود نماید و این از سرمایه گذاری ایرانیان خارج از کشور می گاهد.

## ۵. بند پنجم: حقوق حاکم بر ماهیت داوری :

۱- کنوانسیون ها ۲- توافقات طرفین ۳- انتخاب و نظر داوران ۴- قواعد نظام های حقوقی داخلی ۵- رویه داوری بین المللی

### ۵-۱. کنوانسیون ها:

۱- پروتکل ژنو در مورد شروط داوری (۱۹۲۳)

۲- کنوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (نیویورک ۱۹۵۸)

۳- کنوانسیون اروپایی در مورد داوری تجاری بین المللی (ژنو ۱۹۶۱)

۴- کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری میان دولت ها و تابعان سایر دول (واشنگتن ۱۹۶۵)

۵- قواعد داوری آنسیترال (مصوب مجمع عمومی سازمان ملل)

۶- قانون نمونه داوری تجاری بین المللی آنسیترال (مصوب مجمع عمومی سازمان ملل ۱۹۸۵)

### چند نکته در خصوص کنوانسیون ها

۱- در خصوص اختلافات قراردادی اعمال می شوند. مانند کنوانسیون ژنو ۱۹۶۱ و یا کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵.

۲- برخی دیگر در خصوص هر گونه اختلاف چه قراردادی یا غیر آن اعمال می گردند. مانند کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ و قانون نمونه آنسیترال ۱۹۸۵.

۳- انواع قانون مسائل شکلی داوری در کنوانسیون ها

**الف)** اغلب کنوانسیون ها به مسائل شکلی و آیینی پرداخته اند. **ب)** برخی از کنوانسیون ها قانون شکلی را تابع کشور محل صدور رأی داوری دانسته اند. مانند کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک.

**ج)** آن را به نظر داوران واگذار کرده اند.

### ۵-۲. توافقات طرفین



# کنفرانس سالانه پژوهش های حقوقی و قضایی

شهریورماه ۱۳۹۶



توافق و اراده طرفین مهم ترین منبع حقوق حاکم بر داوری بین المللی است چه توافق آنها در حین انعقاد قرارداد اصلی باشد و یا پس از حدوث اختلاف مبادرت به انجام توافقاتی نمایند.

## ۳-۵. انتخاب و نظر داوران

اگر هیچ انتخابی در خصوص قواعد شکلی نشده باشد، داوران باید خود قواعد را انتخاب نمایند که ۱. یا قواعد داوری موجود خواهد بود. ۲. یا مفاد قانون موضوعه ۳. یا اینکه خود این قواعد را ایجاد کنند اگر صریحا یا ضمنی به آنها این اجازه داده شده باشد.

## ۴-۵. قواعد نظام های حقوقی داخلی

ممکن است داوری بین المللی به یک قانون شکلی ملی رجوع کند در این صورت آن قانون منعی برای داوری بین المللی خواهد شد.

## ۵-۵. رویه داوری بین المللی

احکام داوری عموما منتشر نمی شوند مگر اینکه مورد حمله واقع شوند یا بحث شناسایی یا اجرای آنها مطرح شود. البته استثنائا آرای داوری اتاق بازرگانی بین المللی و آرای دیوان دعاوی ایران و امریکا نیز منتشر می شود.

رویه داوری اصولا ماهیت الزام آور ندارد. ولی می تواند راهنمای خوبی برای داوران باشد. در بسیاری از موارد، آراء سابق و رویه ها مورد استناد داوران قرار گرفته و در رای ذکر می شود. (به ویژه در آرای اتاق بازرگانی بین المللی و دعاوی نفتی). آرای بسیاری هم از سوی دادگاه های داخلی کشورهای مختلف در خصوص داوری صادر شده است.

## ۶. بند ششم: ماهیت قراردادی داوری

داوری نهادی است که مبتنی بر قرارداد است ولی ممکن است مربوط به امر غیر قراردادی باشد. در این بخش، در قسمت اول از انواع موافقت نامه داوری و در قسمت دوم از شرایط موافقت نامه داوری بحث می کنیم.

## ۷. بند هفتم: انواع موافقت نامه داوری:

- ۱- به صورت شرط داوری: شرط داوری در متن قرارداد های فی مابین به عنوان یکی از شروط قراردادی قرار داده میشود.
- ۲- به صورت قرارداد مستقل داوری: قرارداد داوری به صورت مستقل و نه به صورت یک شرط ضمن قرارداد، فی مابین طرفین منعقد میگردد.

## ۸. بند هشتم: شرایط موافقت نامه داوری

۱- شرایط شکلی موافقت نامه داوری

۲- شرایط ماهوی موافقت نامه داوری.

### ۸-۱. شرایط شکلی موافقت نامه داوری

بحث کتبی بودن آن مطرح می شود. آیا موافقت نامه داوری می تواند شفاهی باشد؟ پاسخ مثبت است و از قانون داوری تجاری بین المللی ایران می توان استنباط نمود بدین صورت که گاهی اوقات موافقت نامه داوری با اظهارات مکتوب یک طرف در دادگاه و پذیرش طرف دیگر محقق می شود.

در ماده هفت قانون داوری تجاری بین المللی ایران، تنها در یک مورد قبول عملی و نه مکتوب پذیرفته شده است و آن موردی است که یکی از طرفین در دادخواست یا دفاعیه، وجود موافقتنامه را ادعا کند و طرف دیگر عملا آن را قبول نماید.

### ۸-۲. شرایط ماهوی موافقت نامه داوری

قاعدتا شرایط عام صحت قرارداد در اینجا حاکم است. از میان همه شرایط مسأله اهلیت طرفین قرارداد و قابلیت ارجاع موضوع به داوری می تواند محل بحث باشد.

اهلیت اشخاص حقیقی مشکلی ایجاد نمی کند زیرا عموما اهلیت هریک از طرفین مطابق قانون ملی دولت متبوعش تعیین می شود. در بیشتر نظام های حقوقی، اهلیت اشخاص حقوقی به ویژه دولت ها و مؤسسات دولتی مشکل زا بوده است.

فعالیت های جاری و اقتصادی دولت ها و سازمان های دولتی در سطح جهانی، اجبارا آن ها را با یکدیگر و به ویژه با شرکت های خصوصی بیگانه در ارتباط قرار می دهد. شرکت های خارجی از قبول صلاحیت دادگاه های دولت طرف معامله خودداری می کنند. به همین جهت است که در بسیاری از قراردادهای منعقد شده میان دولت ها و سازمان های دولتی از یک سو و شرکت های خارجی از سوی دیگر شرط داوری گنجانده می شود. با وجود چنین شرطی در قرارداد، در پاره ای موارد دولت ها و سازمان های دولتی از مراجعه به داوری خودداری می کنند و یا در داوری شرکت می کنند، ولی به اعتبار حقوقی شرط داوری اعتراض کرده و خلاصه دولت یا سازمان دولتی را خواه به دلیل داشتن مصونیت قضایی و خواه به دلیل ممنوعیت قانونی، قابل جلب به داوری نمی دانند.



### ۹. نتیجه گیری :

در این تحقیق ضمن آشنا شدن با قوانین داوری در ایران و مقررات بین المللی داوری و تشریح برخی از این مقررات با معیارهای بین المللی بودن یک داوری آشنا شدیم. ضمن آنکه مزیت های متعدد داوری های بین المللی مورد واکاوی قرار گرفت. از مزایای عملی داوری بین المللی که بگذریم، یکی از علل استقبال از آن از ناحیه بازرگانانی که در سطح بین المللی فعالیت می کنند، شناسایی این نکته از طرف اغلب نظام های حقوقی جهان است که طرفین یک معامله می توانند، چنانچه اراده کنند، از مراجعه به دادگستری - یعنی مرجع اصلی و عمومی تظلمات - عدول کرده، برای حل و فصل اختلافات خویش به داوری اشخاصی خصوصی (غیر قاضی) مراجعه کنند. به همین سبب مؤلفان حقوق، معمولاً اقتدار داور ناشی از اراده طرفین می دانند و او را از این حیث در برابر قاضی قرار می دهند که اقتدارش را از دولت متبوع خویش کسب می کند. در داوریهای بازرگانی بین المللی اراده طرفین مبنا و اساس کار است. بدین جهت در تعیین حقوق حاکم بر ماهیت نیز نهایت احترام به اصل حاکمیت اراده گذارده می شود. بنابراین، اگر طرفین قانون حاکم بر ماهیت را تعیین کرده باشند، داور باید از آن تبعیت نماید و اصولاً نمی تواند از آن عدول کند. اصل حاکمیت اراده نه تنها به عنوان یک اصل تعارض قوانین برای تعیین حقوق حاکم مورد قبول واقع شده است، بلکه به عنوان یک قاعده ماهوی هم لازم الرعایه است. بدین معنی که مندرجات قرارداد نیز، در صورتی که متضمن مقرراتی باشد که مستقیماً قابل اعمال است، باید محترم شمرده شود. این اصل هم در کنوانسیونها و متون راجع به داوری بازرگانی بین المللی منعکس شده و هم مورد تایید دکترین و رویه قضائی بین المللی است.

### منابع :

- ۱- مافی، همایون، (۱۳۹۵)، شرحی بر قانون داوری تجاری بین المللی ایران، تهران، مجد، چاپ اول
- ۲- قانون آیین دادرسی مدنی ایران، ۱۳۷۹
- ۳- قانون داوری تجاری بین المللی، ۱۳۷۶
- ۴- قانون داوری نمونه آنسیترال، ۱۹۸۵
- ۵- قانون مرکز حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری، اکسید، ۱۶۹۵