

## قواعد آمره و داوری‌های تجاری بین‌المللی؛

### مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، آلمان، انگلیس و ایالات متحده آمریکا

حمیدرضا رستمی\*

نجدادعلی الماسی\*\*

#### چکیده

داوری به دلیل مزیت‌هایی که نسبت به رسیدگی‌های قضایی دارد، یکی از سازوکارهای مهم حل اختلاف در دعاوی تجاری بین‌المللی قلمداد می‌شود و یکی از مهم‌ترین این مزیت‌ها که اساس و جوهر داوری را تشکیل می‌دهد، اصل حاکمیت اراده است؛ بدیهی است که اصل حاکمیت اراده در مواردی که با نظم عمومی و قواعد آمره برخورد کند، توان اجرایی نداشته و باید قواعد آمره مقدم داشته شود. مفهوم نظم عمومی و قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی با چنین مفهومی در رسیدگی قضایی در حقوق داخلی و حتی با داوری داخلی متفاوت است. دایره نظم عمومی و قواعد آمره در رابطه با داوری داخلی، تنگ‌تر می‌شود و آزادی عملکرد بیشتری برای نهاد داوری در نظر گرفته می‌شود. با این حال، بررسی میزان این تأثیرگذاری و شناسایی قواعد آمره و اینکه تفاوت‌های بین قواعد امری در داوری داخلی و داوری بین‌المللی چیست؟ امری مهم قلمداد می‌شود. در این مقاله به بررسی میزان و قلمرو تأثیرگذاری قواعد آمره بر داوری‌های تجاری بین‌المللی خواهیم پرداخت. هدف این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی نگارش شده، نخست، تعیین حوزه‌هایی است که قواعد امری با اصول داوری در تعارض هستند. هدف بعدی نیز بررسی روش‌هایی است که در نظام حقوقی ایران، آلمان، انگلیس و ایالات متحده آمریکا برای حل این تعارض به کار گرفته می‌شوند. مقاله به این نتیجه رسیده که قلمرو قواعد آمره در داوری داخلی بسیار گسترده‌تر از چنین قلمرویی در داوری بین‌المللی است.

**واژگان کلیدی:** داوری‌پذیری، داوری تجاری بین‌المللی، قانون حاکم، قواعد آمره، قواعد تکمیلی.

\* دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی. (نویسنده مسئول)

rostami@hamyar.net

\*\* مسئول مکاتبات؛ استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (مدعو گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی)

## سرآغاز

واژه «داور» در اصل «دادور» بر وزن دادگر، نامور، هنرور و سخنور به معنی صاحب داد، قاضی، عادل، قضاوت و نیز به معنی حکم کردن و محاکمه کردن آمده است و سپس در طول زمان، به جهت کثرت استعمال و تسهیل در تلفظ و تخفیف در نگارش به مرور دال ثانی حذف شده و تبدیل به «داور» شده است (دهخدا، ۱۳۷۹: ۳۰۱). معادل عربی داور و داوری کردن، به ترتیب حکم و حکمیت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۲۸۴). داوری عبارت است از رفع اختلاف فی مابین اصحاب دعوی از طریق واگذاری آن به حکم اشخاصی که طرفین دعوی آن‌ها را به تراضی خود انتخاب می‌کنند و یا اینکه دادگاه صالحه آن‌ها را به قید قرعه انتخاب می‌کند (مدنی، ۱۳۹۱: ۶۶۸).

داوری به عنوان یکی از روش‌های حل اختلاف از دیرباز مورد استفاده قرار می‌گرفته، اما قالب امروزی آن در قرن ۲۱ گسترش انقلاب‌گونه یافته است و محدود به عرصه خصوصی اشخاص نیست و روابط بین دولت‌ها را نیز شامل می‌شود. امروزه بسیاری از جنبه‌های داوری در این مسئله نهفته است که اجازه می‌دهد اراده طرفین در ابعاد مختلف حل تعارض تعیین‌کننده باشد. با این وجود، در هر نظام حقوقی ما با مجموعه محدودی از قواعد و مقررات مواجه هستیم که نه تنها اراده طرفین بلکه قواعد دیگر نیز نمی‌تواند آن‌ها را نقض کنند. این قوانین که عنوان قوانین آمره به خود گرفته‌اند در حوزه حقوق خصوصی داخلی، به قواعدی گفته می‌شود که حتی اراده طرفین نمی‌تواند برخلاف آن‌ها توافق کند و در حقوق بین‌الملل به قواعدی گفته می‌شود که بر روابط دول، حاکم هستند و اراده آن‌ها نمی‌تواند تأثیری در عدم اجرای آن‌ها داشته باشند. تعارض میان قواعد داوری و قوانین آمره ممکن است در مرحله داوری‌پذیری دعاوی باشد یا در مرحله تعیین قانون حاکم بر داوری و یا در مرحله اجرای آرای داوری. در هر حال، تعارضی که بین قوانین امری و داوری تجاری به‌طور کلی و داوری تجاری بین‌المللی وجود دارد، جدی و تأثیرگذار است و مقاله پیش رو قصد دارد با مطالعه نظام حقوقی ایران و کشورهای پیشرو در عرصه داوری از قبیل ایالات متحده آمریکا و انگلستان و همچنین بررسی نحوه برخورد با این تعارض در آرای صادره در داوری‌های بین‌المللی به شناسایی دقیق ابعاد

این تعارض و روش‌های که برای حل آن ارائه شده است پردازد و به این سؤال پاسخ دهیم که آیا امکان ایجاد تعارض قواعد آمره و داوری تجاری بین‌المللی وجود دارد و در صورت مثبت بودن پاسخ، این تعارض در حوزه‌های مختلف چگونه برطرف خواهد شد؟ در این مقاله، در ابتدا در صورت‌بندی روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری بین‌المللی تأثیر قواعد آمره و قواعد تکمیلی در شکل‌گیری روش‌های حل تعارض در داوری‌های تجاری بین‌المللی تبیین شده است. سپس تعارض قواعد آمره با قواعد داوری‌های تجاری بین‌المللی بررسی و اعمال قواعد آمره در موارد تعارض با قواعد داوری‌های تجاری بین‌المللی تشریح شده است. در ادامه، روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری بین‌المللی و مطالعه تطبیقی روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری در حقوق تطبیقی در دستورکار قرار گرفته و ضمن بیان روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری در حقوق اروپا و ایالات متحده آمریکا، امکان اعمال روش‌های حل تعارض موجود در نظام‌های حقوق تطبیقی در حقوق ایران نیز مورد توجه واقع شده است.

### ۱. تأثیر اراده در صورت‌بندی روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های

#### تجاری بین‌المللی

اولین مسئله‌ای که در مورد داوری باید مورد توجه قرار گیرد، مقوله داوری‌پذیری دعاوی است، زیرا در برخی از موارد (مانند ماده ۴۹۶ ق.آ.د.م) قانون‌گذار صریحاً ارجاع اختلاف به داوری را به رسمیت نمی‌شناسد؛ بنابراین بررسی میزان تأثیر اراده طرفین در داوری‌پذیری دعاوی، امری مهم قلمداد می‌شود.

### ۱-۱. تأثیر قواعد آمره در انتخاب روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های

#### تجاری بین‌المللی

در هر نظام حقوقی که مجموعه‌ای از اصول و قواعد است، هر قاعده اعتبار خود را از قاعده برتر می‌گیرد (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۴: ۱۹۲) قواعد آمره، قواعد برتری هستند که در رأس

همه قواعد قرار دارند؛ بنابراین رعایت آن بر همه لازم‌الاجراست، زیرا بیانگر منفعت مشترک برای جامعه جهانی است و همه اعضای بین‌المللی در این خصوص ذینفع تلقی می‌شوند (فلسفی، ۱۳۷۹: ۲۸۳؛ موسی‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۹۴).

### ۱-۱-۱. تأثیر قواعد آمره بر مسئله داوری‌پذیری اختلاف‌ها

قابلیت داوری (داوری‌پذیری) به محدودیت‌هایی اطلاق می‌شود که نظام‌های حقوقی، اصولاً برای حفظ و تأمین نظم و منافع عمومی در ارجاع برخی موضوعات خاص به داوری مقرر می‌دارند (خزاعی، ۱۳۸۸: ۱۲۲). به‌طور کلی امروزه، داوری‌پذیری دعاوی به عنوان یک اصل پذیرفته شده است؛ لذا هرگاه سخنی از قابلیت داوری دعاوی به میان می‌آید، منظور استثنائات آن است. این محدودیت‌ها تقریباً در همه کشورها در قالب قواعد آمره وجود دارند و احتمال نقض یا خدشه به حقوق و منافع عمومی موجب آن شده که نظام‌های حقوقی، رسیدگی و حل‌وفصل برخی اختلاف‌ها را جهت حراست از منافع اجتماع و تأمین عدالت در انحصار خود قرار داده و نهادهای خصوصی را از رسیدگی به آن منع کنند (Hudson, 2004: 301).

امروزه کشورهای مختلف در مواجهه با مسئله داوری رویه‌های مختلفی را در پیش گرفته‌اند. برخی با اعتماد کامل امکان ارجاع اغلب دعاوی را به داوری پذیرفته‌اند. برای مثال، کشور ایالات متحده آمریکا در زمره کشورهایی است که اغلب دعاوی را قابل ارجاع به داوری می‌داند (Maniruzzamn, 2005: 336). برخی دیگر از کشورها مانند ایران اصل را قابلیت ارجاع اختلاف به داوری دانسته و غالب دعاوی قابل ارجاع به داوری دانسته شده است مگر مواردی که قانون‌گذار استثنا کرده باشد. برخی دیگر قابلیت ارجاع به داوری را با مفهوم نظم عمومی پیوند زده و موضوعات مرتبط با نظم عمومی را قابل ارجاع به داوری ندانسته‌اند و در نهایت برخی کشورها مطلقاً ارجاع به داوری را نپذیرفته‌اند. برای مثال، کشورهای امریکای لاتین قهرمان بی‌اعتمادی به داوری تجاری بین‌المللی هستند. کشور ونزوئلا داوری را برای دولت مطلقاً ممنوع اعلام کرده است (اسکینی، ۱۳۶۹: ۴۴).

همان‌گونه که بیان شد، غالب کشورها مسائل مرتبط با نظم عمومی را قابل ارجاع به داوری ندانسته ولی در سایر موارد ممنوعیتی بر قابلیت ارجاع به داوری قائل نیستند. علی‌رغم اینکه غالب کشورها مسائل مربوط به نظم عمومی را قابل ارجاع به داوری نمی‌دانند اما در زمینه قلمرو و مفهوم نظم عمومی اتفاق نظر وجود ندارد. در خصوص مفهوم نظم عمومی اختلاف‌هایی بین حقوقدانان وجود دارد (شهبازی نیا، عیسایی تفرشی، علمی، ۱۳۹۲: ۹۷). برخی معتقدند در حقوق داخلی، نظم عمومی شامل آن دسته از قواعدی است که اصطلاحاً قواعد امری نامیده می‌شود؛ چنانکه ملاحظه می‌شود نظم عمومی در حقوق داخلی معنای وسیعی دارد و شامل کلیه قواعد و سازمان‌هایی است که جنبه امری دارد و افراد نمی‌توانند برخلاف آن‌ها توافق کنند (الماسی، ۱۳۸۵: ۱۸۱). برخی دیگر معتقدند نظم عمومی عبارت است از نظام کشور یعنی سازمان‌ها و مقرراتی که ناگزیر دولت باید آن‌ها را در معرض اجرا درآورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۹۷). غالب حقوقدانان معتقدند اصل بر این است که قوانین و مقررات در حوزه حقوق خصوصی تکمیلی بوده و مربوط به نظم عمومی نیستند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۶۵). بر این اساس، اختلاف‌ها در موضوع‌هایی که مرتبط با نظم عمومی هستند قابلیت ارجاع به داوری را نداشته و به اصطلاح داوری پذیر نیستند. به نظر می‌رسد نظام حقوقی ایران در خصوص دعاوی مربوط به اموال عمومی در این دسته قرار گیرد. در این زمینه رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری<sup>۱</sup> قابل توجه است. اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این زمینه مقرر می‌دارد: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیئت‌وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». نکته‌ای که در این زمینه قابل طرح است اختلاف نظرات در مورد تفسیر این اصل است، اما قدر متیقن این تفاسیر عدم امکان ارجاع این قسم دعاوی به داوری است (ر.ک: کاویانی، ۱۳۸۰؛ علیدوستی، ۱۳۸۷).

۱. تاریخ دادنامه: ۱۳۹۱/۳/۲۲، شماره دادنامه: ۱۳۹ - ۱۳۸، کلاس پرونده: ۶۵۴/۹۰ - ۳۷۶

### ۱-۲-۱. تأثیر قواعد آمره بر انتخاب قواعد حاکم توسط داور یا دیوان داوری

در هر داوری یکی از مهم‌ترین وظیفه داوران، تعیین قانونی است که بر اساس آن اختلاف پیش رو را مورد حل و فصل قرار می‌دهد. قاعده کلی این است که داور در پیروی از آنچه طرفین قرارداد اراده کرده‌اند، عمل خواهد کرد. برای مثال وقتی که طرفین قرارداد در موافقت‌نامه خود مقرر می‌دارند، این قرارداد تحت حاکمیت قانون سویس قرار خواهد داشت، باید مشخص شود که آیا علاوه بر مقررات دولت سویس قواعد آمره آن دولت را هم را در بر می‌گیرد یا خیر؟

آشکار است که اگر طرفین بر این مسئله تصریح کرده باشند، دربرگیرنده قواعد آمره دولت مورد نظر هم خواهد بود. البته نباید قرائن مغایر با این اعمال در قضیه وجود داشته باشد. برای مثال، وقتی طرفین قرارداد بدون آنکه قرارداد فی‌مابین ارتباطی با قانون صادرات در امور ارزی آلمان داشته باشد، قرارداد را تحت حاکمیت آن دانسته باشند، صرف اراده به تنهایی زمینه اعمال خودبه‌خود قانون را فراهم نمی‌کند بلکه پیش شرط‌های مورد نظر قانون‌گذار آلمانی هم باید رعایت شده باشد تا این قانون زمینه مورد اعمال واقع شدن را پیدا کند. دیوان عالی سویس معتقد است که صرف انتخاب قانون حاکم ضرورتاً به معنای اعمال قواعد آمره آن نظام حقوقی نخواهد بود بلکه داوران باید در جریان تفسیر و تحلیل محتوای اراده طرفین اختلاف به این نتیجه برسند که آیا قواعد آمره را هم اعمال کنند یا خیر، زیرا دخالت چنین قواعد آمره‌ای می‌تواند تکالیف طرفین قرارداد را تعدیل کند و حتی در برخی موارد منجر به الغای قرارداد شود. لذا در بیشتر موارد، طرفین قرارداد با تعیین قانون حاکم، تنها به اعمال قواعد متعارف (و نه آمره) نظر داشته‌اند و به صورت متعارف دلیلی برای اعمال قواعد آمره چنان نظامی وجود نخواهد داشت. (Maniruzzamn, 2005: 202). در صورتی که طرفین قرارداد انتخاب قانون حاکم را بر عهده داوران گذاشته باشند، مبنای اعمال قواعد آمره ناشی از قوانین ریشه در اراده طرفین قرارداد نخواهد داشت. در این موارد هم انتخاب قانون حاکم از سوی داور به معنی اعمال قواعد آمره نظام حقوقی منتخب از سوی داور، نخواهد بود، زیرا این قواعد خارج از نظام معمول حقوقی مورد نظر قرار می‌گیرند (Derains, 1984: 227).

در نتیجه در مواردی که طرفین قانون حاکمی را انتخاب نکرده‌اند، قواعد آمره حقوق قراردادی اولویتی را نسبت به قواعد آمره سایر نظام‌های حقوقی نخواهند داشت. از سوی دیگر قواعد آمره نظام حقوقی منتخب داور هم به صورت خودکار اعمال نخواهند شد. بلکه از رویکردی مشابه آنچه در اعمال قواعد آمره دولت ثالث عمل می‌شود، پیروی خواهد شد.

در پایان این قسمت توضیح مختصری پیرامون ارتباط قواعد آمره و محل اجرای داوری مفید فایده خواهد بود. توضیح اینکه محل اجرای داوری در بسیاری از موارد بنا به ضرورت بی‌طرفی فی‌مابین طرفین اختلاف داوری، انتخاب شده است. در نتیجه، اعمال قواعد آمره محل داوری بنا بر ضابطه برگزاری داوری در آنجا و تحقق رابطه نزدیک با پرونده، میسر نخواهد بود. با این وجود اهمیت قواعد آمره محل برگزاری داوری، نه بنا بر دلایل فنی حقوقی بلکه بنا به ملاحظات عملی اهمیت می‌یابد، زیرا در برخی موارد محاکم آن دولت، امکان ابطال رأی داوری را که در همان سرزمین صادره شده است پیدا خواهند کرد. به همین دلیل داوران باید به این دسته از قواعد آمره متوجه باشند تا رأی آتی را با مخاطره‌ای از حیث ابطال یا اجرا مواجه نکنند؛ بنابراین، داور حداقل باید این قواعد آمره محل رسیدگی را بررسی کند تا مطمئن شود عدم اعمال آن منجر به ابطال رأی نخواهد شد و رأی داوری با مشکل اجرایی هم مواجه نخواهد بود.

## ۲-۱. تأثیر قواعد تکمیلی در شکل‌گیری روش‌های حل تعارض در داوری‌های تجاری

### بین‌المللی

قوانین تکمیلی راهکار پیشنهادی قانون‌گذار برای حل و فصل مسائل حقوقی افراد جامعه است اما این راهکار ممکن است با خواست برخی از اشخاص سازگار نیاید و در نتیجه، توافق مخالف مفاد قانون شکل بگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۷). این توافق، لازم‌الاتباع و در رابطه میان طرفین در حکم قانون خواهد بود. اما در صورتی که توافقی مغایر با راه‌حل برگزیده قانون صورت نگیرد، مفاد قانون تکمیلی از همان درجه الزامی برخوردار است که قوانین آمره برخوردارند.

### ۱-۲-۱. تأثیر قواعد تکمیلی بر مسئله داوری پذیری اختلاف‌ها

در اکثر نظام‌های حقوقی اصل بر این است که هر دعوی قابل ارجاع به داوری است مگر اینکه خلاف آن در قانون آن کشور تصریح شده باشد. برای مثال، در قانون آیین دادرسی مدنی ایران صرفاً مواردی که قابل ارجاع به داوری نیستند تصریح شده است. ماده ۴۹۶ ق. آ.د.م مقرر می‌دارد: دعاوی زیر قابل ارجاع به داوری نیست:

۱. دعاوی ورشکستگی.

۲. دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق، نسب.

مفهوم مخالف ماده فوق‌الذکر این است سایر اختلاف‌ها قابل ارجاع به داوری است. لازم به ذکر است که اصل دعاوی قابل ذکر قابل ارجاع به داوری نیست، آثار به دست آمده از اختلاف‌های فوق‌الذکر قابل ارجاع به داوری است. ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز در تأیید این مدعا در بند ج خود دامنه دعاوی قابل ارجاع به داوری را به رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی و غیر قراردادی تسری داده است. البته به شرط اینکه اختلاف واجد یک عنصر بین‌المللی باشد؛ بنابراین، روشن است که با توجه به اصل قابلیت ارجاع دعاوی به داوری، تراضی طرفین برای ارجاع اختلاف به داوری نیز امری ضروری قلمداد می‌شود (رئسی، ۱۳۹۲: ۴۳). در نتیجه در نظام حقوقی ایران اصولاً قوانین تکمیلی تأثیری در ارجاع اختلاف به داوری ندارند، مگر اینکه قواعدی که بیانگر قابلیت داوری‌پذیری در نظام حقوقی ایران باشد را قاعده تکمیلی دانست که در این صورت باید بر این باور بود قواعد تکمیلی نیز در قابلیت داوری‌پذیری دارای اثر بوده و تأثیرگذار هستند.

### ۱-۲-۲. تأثیر قواعد تکمیلی بر انتخاب قواعد حاکم توسط داور یا دیوان داوری

پس از شروع به کار داور و یا تعیین دیوان داوری و شروع به رسیدگی این دیوان، داوران باید بر اساس قواعد معینی به اختلاف رسیدگی کنند و در نهایت اقدام به صدور رأی کنند. اساس قواعد آیین رسیدگی، قانون محل داوری است اما قانون داوری کشورها عموماً به‌طور گسترده‌ای اجازه می‌دهند تا طرفین یا دیوان داوری قواعد رسیدگی دیگری که مکمل یا جایگزین قواعد آن قانون خواهد شد، معین یا انتخاب کنند. این قواعد



تکمیلی یا جایگزین از دو منبع ناشی می‌شوند؛ نخست، مجموعه‌های مختلف قواعد داوری نظیر قواعد داوری آنسیترال و آی.سی.سی.سی.<sup>۱</sup> دوم، یک مجموعه قواعد که تشکیل دهنده رویه در حال توسعه در این خصوص است که می‌توان آن را قواعد (حقوق) عرفی حاکم بر اجرا یا برگزاری داوری دانست (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۱۳۰).

اگر طرفین در موافقت‌نامه داوری نسبت به آیین رسیدگی سکوت کرده باشند، داور باید رأساً یا با درخواست طرفین قواعد حاکم بر نحوه رسیدگی دعوا را تعیین کند، اما در مواردی که طرفین در موافقت‌نامه داوری اقدام به تعیین قانون حاکم بر رسیدگی می‌کنند ممکن است قانون محل داوری را انتخاب نکنند، زیرا در بسیاری از موارد قواعد رسیدگی تکمیلی است (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۱۴۰)؛ بنابراین در هر کشوری غالباً برخی قوانین تکمیلی وجود دارد که طرفین می‌توانند برخلاف آن تراضی نکنند. در صورتی که برخلاف آن تراضی نکنند قانون تکمیلی مقرر داوری حاکم خواهد بود. برای مثال، قانون داوری ایران در بند «ب» ماده ۳۳ خود در مورد اعتبار موافقت‌نامه داوری بیان می‌دارد در صورتی که طرفین قانونی را حاکم کرده باشند باید بر اساس قانون منتخب صحیح باشد در غیر این صورت نباید مخالف با قانون ایران باشد. البته باید توجه داشت که داور در رسیدگی‌های خود نیز محدود به قواعد آمره محل داوری است؛ بنابراین انتخاب مقرر داوری تأثیر به‌سزایی در قلمرو اختیارات داوران دارد و اگر مقرر داوری قواعد آمره بیشتری در زمینه اختیارات داوران دارد این امر بر اختیارات داوران نیز تأثیر خواهد گذاشت.

در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز در دو ماده دو قاعده تکمیلی در مورد قانون حاکم تعیین کرده است. قانون‌گذار ابتدا در ماده ۱۹ راجع به تعیین قواعد رسیدگی چنین مقرر می‌دارد: ۱. طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون در مورد آیین رسیدگی داوری توافق کنند؛ ۲. در صورت نبودن چنین توافقی داور با رعایت مقررات این قانون، داوری را به نحو مقتضی اداره و تصدی می‌کند. تشخیص ارتباط، موضوعیت و ارزش هرگونه دلیل بر عهده «داور است». بند «ب» ماده ۳۳ این قانون نیز چنین مقرر

1. ICC: International Criminal Court

می‌دارد: «موافقت‌نامه داوری به موجب قانونی که طرفین بر آن موافقت‌نامه حاکم دانسته‌اند معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون باشد».

## ۲. تعارض قواعد آمره با قواعد داوری‌های تجاری بین‌المللی

قراردادها و تعهدات ناشی از آن، در اکثر نظام‌های حقوقی تابع قانونی است که مورد توافق طرفین قرارداد واقع می‌شود. این قانون را اصطلاحاً قانون منظور طرفین می‌نامند. در صورتی که طرفین قانونی را بر قرارداد خود حاکم نکرده باشند، باید از طریق روش‌های حل تعارض قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کرد.

### ۲-۱. نظام تعارض قوانین تعیین‌کننده قانون ماهوی قابل اعمال

بند ۱ ماده ۳ مقررہ رم یک، اصل حاکمیت اراده را به رسمیت شناخته است و مقرر داشته «قرارداد تابع قانونی است که طرفین انتخاب می‌کنند». بر این اساس، طرفین در تعیین انتخاب قانون حاکم بر تعهدات خود آزاد و مختار هستند و در راستای تجلی اصل یادشده طرفین قرارداد، اغلب بندی از قرارداد را به تعیین قانون اختصاص می‌دهند. قانون منتخب طرفین می‌تواند قانون ملی یکی از آنها یا قانون ملی یک کشور بی‌طرف باشد (امیرمعزی، ۱۳۹۱: ۱۰۹).

لازم به ذکر است که طرفین قانون حاکم را می‌توانند به صورت صریح و یا ضمنی تعیین کنند. در انتخاب صریح طرفین به‌طور روشن قانون حاکم بر قرارداد را پیش‌بینی می‌کنند و انتخاب قانون مبهم و غیر روشن مانند این است که طرفین قانونی را برای حکومت بر قرارداد انتخاب نکردند. در صورت انتخاب صریح طرفین بر قانون حاکم بر قرارداد این انتخاب در صورت عدم مغایرت با قواعد آمره مورد احترام واقع می‌شود. در حالی که در انتخاب ضمنی اگرچه یک انتخاب حقیقی توسط طرفین وجود دارد، اما این انتخاب با کلمات و بیان صریح تعیین نشده است و بند انتخاب قانون در قرارداد به‌گونه‌ای آشکار و مشهود وجود ندارد. با این وجود قانون منتخب از

مفاد قرارداد یا اوضاع و احوالی که قرارداد در آن منعقد شده است، قابل کشف است (مافی و تقی‌پور، ۱۳۹۱: ۱۵۲).

یکی از نکات قابل توجه دیگر در مورد تعیین قانون حاکم توسط طرفین (در نتیجه اصل حاکمیت اراده) زمان تعیین قانون حاکم است؛ به عبارت دیگر، سؤالی که در این زمینه قابل طرح است این است که آیا طرفین صرفاً تا قبل از انعقاد قرارداد حق تعیین قانون حاکم را خواهند داشت یا پس از انعقاد قرارداد نیز کماکان حق تعیین قانون حاکم را خواهند داشت؟ بند ۲ ماده ۳ مقررہ رم در پاسخ به این سؤال چنین مقرر می‌دارد «طرفین هر زمان که بخواهند می‌توانند قرارداد را تابع قانونی غیر از قانونی که قبلاً بر آن حاکم بوده قرار دهند، اعم از اینکه در نتیجه انتخاب، قانون حاکم قبلی مطابق مقررات این ماده باشد یا پس از انعقاد قرارداد. اگر هر تغییری در قانونی که باید اعمال شود پس از انعقاد قرارداد پیش آید، نباید به اعتبار شکلی یادشده در ماده ۱۱ خلل وارد کند یا بر حقوق اشخاص ثالث تأثیر منفی داشته باشد». برخی نیز در تأیید این ادعا بیان می‌دارد، اگر آزادی طرفین در انتخاب قانون پذیرفته شود، طرفین می‌توانند در هر زمان بر قانون حاکم یا بر تغییر و جایگزین کردن آن با قانونی جدید تراضی کنند، مشروط بر اینکه این تغییر موجب ضرر اشخاص ثالث نشود (نیکبخت، ۱۳۸۳: ۱۸۷). با این وجود در صورت عدم انتخاب قانون حاکم به وسیله طرفین، این امر که داوران باید بر چه اساسی ماهیت دعوا را حل و فصل کنند اختلاف نظر وجود دارد و در ادامه به بررسی این نظرات خواهیم پرداخت.

## ۲-۱-۱. حکومت قانون مقر داوری

این نظریه به دو مفهوم مطرح می‌شود؛ در مفهوم اول، مقصود از این نظریه حکومت قواعد حل تعارض قانون مقر داوری است. به این ترتیب که داور با مراجعه به این قواعد قانون مناسب را تعیین می‌کند و در مفهوم دوم، منظور از حکومت قانون مقر داوری بر ماهیت دعوی، مراجعه مستقیم داور به قواعد مادی و ماهوی قانون مقر داوری است (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۰۳). مبنای اصلی این نظریه در هر دو مفهوم مذکور، مبتنی بر تشبیه مقر داوری به مقر دادگاه و مقایسه موقعیت داور با قاضی دادگاه‌های دولتی است.

این نظریه امروزه تضعیف شده است و در برخی از آراء اتاق بازرگانی بین‌المللی، دیده می‌شود که تشبیه داور به قاضی و مقایسه محل برگزاری داوری به مقر دادگاه رد شده است. در یکی از این آراء آمده است: «قواعد تعیین کننده قانون حاکم از کشوری به کشور دیگر تغییر می‌کند. قضات دولتی آن‌ها را از قانون ملی خود یعنی قانون مقر دادگاه بیرون می‌کشند، اما یک دادگاه داوری قانون مقر به معنی دقیق کلمه ندارد، به‌ویژه وقتی که مورد دعوی از مواردی است که - به واسطه ماهیت موضوع دعوی، انتخاب داوران و سازمانی که بر داوری نظارت می‌کند- واجد طبیعت بین‌المللی است» (ICC Case NO.1689/1970, Y.Derains, Rev.arb. 1972: 104). به این ترتیب، حکومت قانون مقر داوری بر ماهیت دعوی به عنوان یک قاعده قطعی امروزه منتفی است و این عامل در کنار سایر عواملی که در انتخاب قانون حاکم دخیل هستند، می‌تواند مطرح باشد. نتیجه آنکه دیگر نمی‌توان مدعی فرض انتخاب داور انتخاب قانون شد.

## ۲-۱-۲. حکومت قانون دولت طرف قرارداد

واقعیت این است که چون قانون دولت طرف قرارداد ممکن است یکسره مصالح آن دولت را تأمین کند و خصوصاً ممکن است دستخوش تغییر یک‌جانبه قرار گرفته و ثبات قراردادی را سلب کند؛ بنابراین، بسیاری از نظریه‌پردازان در حال حاضر تحت تأثیر یک قاعده شناخته شده حقوق بین‌الملل خصوصی، حکومت هیچ سیستم حقوقی دیگر را بر دولت حاکمی که طرف قرارداد است قابل قبول نمی‌دانند (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۰۷).

## ۲-۱-۳. آزادی داور (اعمال مناسب‌ترین سیستم تعارض قوانین)

این نظریه که اینک از مقبولیت نسبتاً وسیعی برخوردار است، می‌رود که جایگزین نظریات سابق شود. آزادی داور در انتخاب قانون حاکم تا آنجا که مربوط به گزینش قواعد حل تعارض مناسب و عدم التزام به اعمال یک سیستم ملی حل تعارض می‌شود در تعدادی از اسناد بین‌المللی داوری نیز منعکس شده است از جمله: بند چهار از ماده ۷ قواعد داوری کمیسیون اقتصادی سازمان ملل و کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱، بند ۳ از ماده ۳

مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی و بند ۱ از ماده ۳۲ قواعد آنسیترال (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۰۸). امروزه، برخی از قوانین داخلی از این نیز فراتر رفته‌اند؛ به عنوان مثال بند ۱ ماده ۱۴۹۶ قانون آئین دادرسی مدنی جدید فرانسه مقرر می‌دارد: «داور دعوی را بر طبق قواعد حقوقی انتخاب شده به توسط طرفین حل و فصل خواهد کرد و در فقدان چنین انتخابی، بر طبق آن دسته از قواعد حقوقی که مناسب تلقی می‌کند، دعوی را فیصله خواهد داد» (Goldman, 1987: 118).

گزینش سیستم تعارض قوانین مناسب توسط داور در بسیاری از پرونده‌های داوری بین‌المللی نیز به کار گرفته شده است. برای نمونه در رأی شماره ۱۰۴۸ داوری آی.سی.سی در خصوص دعوایی که بین یک مؤسسه دولتی بلغاری و یک خریدار سوئسی مطرح شده بود و مقر داوری فرانسه، محل انعقاد قرارداد بلژیک و محل اجرای قرارداد مصر بود، داور سوئدی در رابطه با قانون قابل اعمال گفت: «اعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس مناسب‌تر خواهد بود». بدیهی است که در اثبات سیستم تعارض قوانین، داور اختیار خود را با مناسب‌ترین و کارآمدترین روش اعمال خواهد کرد، زیرا باید دلیل و توجیه معقول برای گزینش خود داشته باشد و نمی‌تواند تصمیمات غیراصولی بگیرد (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۳۳۴).

با این وجود، با اختیار کلی که به داور داده می‌شود که بر اساس هر قواعد حل تعارضی که مناسب می‌داند قانون حاکم را تعیین کند، معمولاً داوران طبق قواعد حل تعارضی که در سیستم‌های حقوقی پیشرفته یا عهدنامه‌های بین‌المللی وجود دارد عمل خواهند کرد. به عنوان مثال، ماده ۴ عهدنامه ۱۹۸۰ رم و ماده ۹ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیک و بین کشورهای امریکایی، هر دو در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی قانون حاکم را در فقدان انتخاب طرفین، قانون کشور نزدیک‌ترین ارتباط می‌دانند (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۲۰۸). لذا این احتمال ضعیف است که داور از قواعد حل تعارض سنتی که قاضی یا داور را به قانون محل انعقاد، محل اجرا، اقامتگاه یا کشور متبوع طرفین قرارداد ارجاع می‌دهد استفاده کند (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۷۲).

## ۲-۱-۴. تجمیع سیستم‌های حل تعارض

در این روش داور به اعمال یک سیستم تعارض قوانین، در تمامی سیستم‌های تعارض قوانینی که با دعوا ارتباط دارند به جست‌وجو خواهد پرداخت تا به کمک آن‌ها به سیستم واحد که دلالت بر یک قانون مشخص دارد برسد؛ یعنی تمامی سیستم‌ها وی را به یک قانون ملی معین ارجاع خواهد داد (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۳۲۸). آراء متعددی وجود دارد که در آن‌ها داور به اعمال جمعی قواعد حل تعارض یکسان یا مشابه کشورهای مرتبط با دعوی پرداخته است (See e.g.: ICC Case No. 4434/1982, 110 Clunet, 1983: 889). داوری که با مسئله انتخاب بین قوانین ماهوی دو کشور مواجه می‌شود و نمی‌تواند نشان دهد که قوانین ماهوی مزبور در رابطه با موضوع دعوی با یکدیگر وفق می‌دهند گاه می‌تواند اثبات کند که قواعد حل تعارض دو کشور مزبور بر روی اعمال یکی از آن قوانین ماهوی، اتفاق دارد و گاه نیز داور با بررسی قوانین ماهوی که قابلیت اجرا نسبت به دعوی دارند ممکن است تصمیم بگیرد که در واقع تعارضی در بین نبوده و نیازی به انتخاب نیست (Crook, 1989: 311). از امتیازات مراجعه به این روش آن است که داوران می‌توانند یک عنصر بین‌المللی را در جریان رسیدگی وارد کنند و طرفین را مطمئن سازند که موضوع با اجرای محدود سیستم حقوقی یک کشور منفرد - که ارتباطش با دعوی ضرورتاً غالب نیست - تصمیم‌گیری نشده است.

## ۲-۱-۵. اعمال اصول کلی تعارض قوانین

یکی از روش‌هایی که داوران جهت تعیین حقوق حاکم بر دعوی به کار می‌برند اعمال اصول کلی تعارض قوانین یا حقوق بین‌الملل خصوصی است. مطابق این روش داور در واقع قاعده حل تعارضی را اعمال می‌کند که به اعتقاد او مقبولیت عام دارد و همه قوانین مورد بررسی و مقایسه با رابطه قراردادی مورد اختلاف کمتر توجه می‌شود. در رأی شماره ۴۹۹۶ اتاق بازرگانی (ICC Case No. 4996/1985, 113 Clunet: 1133) و برخی دیگر از آرای مشابه این نظریه مورد قبول واقع شده است (ICC Case No. 5713/1989, XV). با این وجود باید گفت این روش در مورد برخی از نظام‌های حقوقی (Yearbook, 1990).

صحیح و معتبر است، ولی به هیچ وجه نسبت به همه نظام‌های حقوقی صادق نیست، زیرا به‌استثنای چند قاعده بنیادین، قواعد تعارض قوانین به رسمیت شناخته شده جهانی زیادی وجود ندارد (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۳۳۵).

## ۲-۱-۶. اعمال حقوق فراملی بازرگانی

یکی از شاخص‌ترین ویژگی‌های داوری تجاری بین‌المللی در عصر حاضر، گرایش به غیر محلی کردن یا غیر ملی کردن داوری از لحاظ ماهوی است. این جریان فکری از حدود دهه ۱۹۴۰ با بحث‌های مربوط به وجود حقوق فراملی آغاز شده و اینک روند رو به رشد اعمال حقوق فراملی نسبت به ماهیت دعاوی تجاری بین‌المللی مطروحه در مراجع داوری، روشن‌ترین بازتاب این گرایش است. حتی بررسی قراردادهای دولتی نشان می‌دهد که علی‌رغم میلی که از لحاظ تئوریک به اعمال مقررات طرف دولتی در این قراردادها وجود دارد، در عمل ترکیبی از حقوق ملی کشور مزبور و سایر قواعد و اصول پذیرفته و اعمال می‌شود. وارد کردن این‌گونه اصول و قواعد که نشأت گرفته از یک حقوق ملی نیست، به منظور بین‌المللی کردن قرارداد انجام می‌گیرد. یکی از نمونه‌های بارز بین‌المللی کردن یک قرارداد، قرارداد منعقد بین کویت و شرکت نفت مستقل امریکایی مورخ ۱۹۷۳ است که در آن مقرر شده است به توافقات طرفین «... بر وفق اصول کلی حقوقی که نوعاً توسط کشورهای متمدن به طور کلی شناخته شده است از جمله اصول حقوقی که به وسیله دیوان‌های بین‌المللی اعمال شده است»، ترتیب اثر داده شده، تفسیر و اجرا می‌شود. نمونه دیگر نیز ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی ایران و امریکا است که به دادگاه اجازه مراجعه به اصول حقوق بازرگانی، حقوق بین‌الملل و عرف‌های بازرگانی را داده است (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۱۸).

بر اساس این طرز فکر از لحاظ تئوریک اعمال حقوق فراملی فقط منوط به وجود دو شرط است: ماهیت قراردادی موضوع مورد اختلاف و خصیصه بین‌المللی قرارداد. البته در عمل به ندرت در داوری‌های بین‌المللی این دو شرط انکار شده است. لذا حقوق فراملی تقریباً همیشه و به‌طور مستقیم و بدون هیچ‌گونه بحث بر روی خصیصه قراردادی و

بین‌المللی رابطه حقوقی مورد اختلاف، اعمال می‌شود و با توجه به این که تمامی کنوانسیون‌ها از جمله بند ۱ از ماده ۴۲ کنوانسیون واشنگتن و ماده ۷ کنوانسیون اروپایی و نیز مقررات اتاق بازرگانی و قواعد آنسیترال و قانون نمونه آن، طرفین را در انتخاب قواعد حقوقی که نسبت به ماهیت دعوی قابل اعمال است آزاد گذارده‌اند و قیدی نیز وجود ندارد که این قواعد باید یک حقوق ملی باشد بنابراین طرفین در انتخاب حقوق فراملی آزادند.

**۲-۲. اعمال قواعد آمره در موارد تعارض با قواعد داوری‌های تجاری بین‌المللی**  
قواعد آمره در برخی از موارد با قواعد داوری تجاری بین‌المللی برخورد می‌کند. برخورد قواعد آمره در تعیین قانون حاکم و اجرا آراء داوری است.

**۲-۲-۱. اعمال قواعد آمره در برخورد با قواعد داوری در انتخاب قانون حاکم**  
هرچند در داوری اصل حاکمیت اراده از جایگاه والایی برخوردار است و اصولاً قواعد داوری بر این مبنا استوار است، ولی در صورت برخورد با قواعد آمره با محدودیت‌هایی برخوردار است؛ بنابراین در برخی از موارد قانون تعیین شده توسط طرفین و یا داور قابل اعمال نخواهد بود. برای مثال در انگلیس، پیش از اجرا شدن عهدنامه ۱۹۸۰ رم در این کشور، شرایط انتخاب قانون توسط طرفین این گونه بود که این انتخاب باید «حسن نیت و قانونی» بوده و انتخاب صرفاً «غیر متعارف و یا واهی» و انتخاب قانونی که مخالف نظم عمومی انگلستان بود، اعتباری نداشت. حتی در این سیستم حقوقی گفته می‌شد که به نظر می‌رسد که اگر قصد طرفین از انتخاب قانون فرار از قواعد آمره آن سیستم حقوقی باشد که قرارداد اساسی‌ترین ارتباط را با آن داشته باشد و به خاطر همین ارتباط، در صورت عدم انتخاب صریح یا ضمنی قانون توسط طرفین، دادگاه قواعد آن سیستم را اعمال می‌کند، هیچ دادگاهی به چنین انتخاب قانونی (چه قانون انگلستان و چه قانون خارجی) ترتیب اثر نخواهد داد (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۳۵۶).



۲-۲-۲. اعمال قواعد آمره در برخورد با قواعد داوری در مرحله اجرای آراء داوری  
 اجرای رأی داوری مهم‌ترین هدف طرفین از طرح دعوی داوری است و به همین دلیل  
 ایجاد سازوکار مناسب برای اجرایی شدن آراء داوری تجاری بین‌المللی یکی از مهم‌ترین  
 دغدغه کشورهای جهان در حیطه داوری در همین راستا و جهت رفع این نگرانی  
 کنوانسیون‌های متعددی در این زمینه به تصویب رسیده است که مهم‌ترین این  
 کنوانسیون‌ها، کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک است. این کنوانسیون در حال حاضر بیش از  
 ۱۲۰ کشور به آن ملحق شده‌اند و به عنوان موفق‌ترین کنوانسیون حوزه حقوق خصوصی  
 بین‌المللی و مهم‌ترین پایگاه رشد داوری تجاری بین‌المللی و سنگ بنای عمارت عظیم  
 داوری بین‌المللی توصیف شده است (جمشیدنیا، ۱۳۹۰: ۳۴). کنوانسیون نیویورک طرق و  
 آیین اجرا را مطابق ماده سه تحت حکومت حقوق کشور محل اجرا قرار داده است. ولی  
 به موجب این مقرر، در هر حال نباید جهت شناسایی و اجرای آرای داوری مشمول  
 کنوانسیون، شرایط سنگین‌تر یا هزینه‌های بیشتری در مقایسه با آرای داوری داخلی  
 تحمیل شود (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۱۶۳).

در اسناد بین‌المللی و قوانین گوناگون مقرر شده که رأی داوری نباید مخالف نظم  
 عمومی باشد. نظم عمومی در خصوص دو کشور مقرر داوری و محل شناسایی و اجرای  
 رأی مطرح می‌شود. کشور محل شناسایی و اجرای رأی می‌تواند به استناد مخالفت با نظم  
 عمومی از شناسایی و اجرای رأی داوری خودداری کند (جنیدی، ۱۳۹۰: ۷۲). منظور از  
 مخالفت با نظم عمومی یعنی رأی صادره حاوی مواردی است و یا متکی به اصول و روشی  
 صادر شده که نظم عمومی کشور محل شناسایی را مختل می‌کند مثل رأیی که از طریق  
 ارتشاء به دست آمده است، اجرای این رأی در ایران مخالف نظم عمومی کشور است.  
 همچنین اگر در رسیدگی فرصت برابر با طرفین جهت طرح مسائل خود داده نشده باشد یا  
 رسیدگی به صورت مغرضانه و جانب‌دارانه برگزار شده باشد، در این موارد نیز ممکن است  
 از شناسایی و اجرای رأی صادره به دلیل مخالفت با نظم عمومی امتناع کرد (بروشه، ۱۳۶۸:  
 ۱۷۸). برای مثال، در ایران نیز در زمان تصویب کنوانسیون نیویورک در مجلس شورای  
 اسلامی به دلیل ایراد شورای نگهبان، یک تبصره به ماده واحده قانون الحاق دولت

جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی اضافه شده است. به موجب این تبصره، «رعایت اصل یک‌صد و سی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی در خصوص ارجاع به داوری الزامی است». اضافه کردن این تبصره به این معناست که دادگاه‌های ایران از شناسایی و اجرای آرای خارجی صادره در کشورهای متعاقد دیگر به دلیل تعارض با اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خودداری خواهد کرد. اضافه کردن یک مورد به مواردی که دادگاه می‌تواند از شناسایی و اجرای رأی خودداری کند نقض آشکار کنوانسیون نیویورک خواهد بود و می‌تواند ضمانت اجرای مقرر در ماده ۱۴ کنوانسیون نیویورک را به همراه داشته باشد که آن خودداری از شناسایی و اجرای آرای داوری صادره در ایران است. ماده ۱۴ مقرر می‌دارد: «یک دولت متعاقد مجاز نخواهد بود در قبال دولت‌های متعاقد دیگر از این کنوانسیون منتفع شود، مگر تا حدودی که آن دولت خود را متعهد به اعمال این کنوانسیون می‌داند»؛ لذا کشورهای دیگر می‌توانند از اجرای صادره در ایران خودداری کنند. این امر می‌تواند ضربه بزرگی به داوری در ایران وارد کند؛ بنابراین، در بحث اجرا نیز رأی داوری نباید برخلاف نظم عمومی کشور محل اجرا باشد. لازم به ذکر است که موادی که دربرگیرنده نظم عمومی هستند در زمره قواعد آمره بوده و از این حیث قواعد آمره و نظم عمومی واجد یک حکم هستند.

### ۳. روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری بین‌المللی

تاکنون روش‌های متفاوتی برای حل تعارض در اختلاف‌های داوری تجاری بین‌المللی پیشنهاد شده است. در ادامه به بررسی این روش‌ها می‌پردازیم.

#### ۳-۱. رویکردهای سنتی حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری بین‌المللی

در رویکرد سنتی، صلاحیت داور از نظام حقوقی محل داوری اخذ می‌شود و قواعد حل تعارض همین نظام هم راهگشای تعیین قانون حاکم خواهد بود، مگر آنکه خود همین نظام، امکان و اختیار انتخاب قانون دیگری را برای طرفین قرارداد داوری مقرر داشته باشد داور می‌تواند به مفاد اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم را عمل کند

(Paulsson, 1995:249). به این دلیل که همه قدرت و صلاحیت داور ریشه در صلاحیت‌هایی است که نظام حقوقی مقر داوری به وی اعطاء می‌کند. لذا داور را مثابه قاضی ملی در نظر می‌گیرد که چاره‌ای جز رعایت مقررات ملی ندارد. این رویکرد در ماده ۱۱ قطعنامه داوری و حقوق بین‌الملل خصوصی صادره از سوی مؤسسه حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۵۷ دنبال شده است. این مقرر عنوان می‌کند که قواعد حل تعارض مقر رسیدگی اثری قطعی بر نتیجه تصمیم داور در تعیین قانون حاکم، خواهد داشت.

مطابق این نظریه، داور مکلف به رعایت قواعد شکلی نظام حقوقی محل رسیدگی است و عدم رعایت آن ممکن است به نقض رأی داوری منجر شود؛ اما دلیل موجهی برای سرایت دادن حکم امور شکلی به قواعد حل تعارض مقر رسیدگی، وجود ندارد. داوری محصول موافقت‌نامه میان طرفین یک قرارداد است که صلاحیت قضایی ملی را با محدودیت روبه‌رو می‌کند و تنها در صورتی داوران مکلف به اعمال قواعد حل تعارض دولت محل رسیدگی دارند که چنین تکلیفی به صراحت مقرر شده باشد. البته دلایل عملی هم بر عدم وجود چنین الزامی از سوی داوران وجود دارد. برای مثال، انتخاب محل رسیدگی از سوی طرفین به جهت بی‌طرفی آن محل در رابطه قراردادی فی‌مابین است. در غیر این صورت، آن‌ها نمی‌توانند پیش‌بینی کنند که کدام قانون بر روابط آن‌ها حاکم خواهد شد. در نتیجه اعمال قواعد حل تعارض مقر رسیدگی چه‌بسا سرنوشت داوری را کاملاً عوض کند و برخلاف مفاد اراده آن‌ها عمل شود (Paulsson, 1995:257).

از سوی دیگر اسناد بین‌المللی هم الزام‌آور بودن رعایت قواعد حل تعارض مقر رسیدگی را نپذیرفته‌اند.<sup>۱</sup>

این رویکرد البته به نوعی خلأ فنی منجر می‌شود، زیرا قوه اجرایی چنین قراردادهایی بدون در نظر گرفتن نظام حقوقی ملی، چندان روشن نیست و چنین قراردادها و احکام صادره داوری مبتنی بر آن‌ها منفک از نظام حقوقی، معلق و سرگردان خواهند بود. تنها یک نظام حقوقی است که می‌تواند به یک صفحه کاغذ، اعتبار اجرایی و حقوقی ببخشد.

1. Article VII (1) of the European Convention on International Commercial Arbitration 1961; Art 28 (2) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

لذا ما به بیش از یک نظام فراملی تعارض قوانین احتیاج خواهیم داشت تا نتایج حاصل از اعمال قواعد حل تعارض قوانین را مؤثر و اجرایی کنیم.

### ۲-۳. رویکرد نوین حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری بین‌المللی

آزادی اراده طرفین یکی از مهم‌ترین ستون‌های داوری تجاری بین‌المللی است و بیشتر نظام‌های داوری معاصر، اهمیت زیادی را برای آزادی اراده طرفین داوری قائل شده‌اند. تنها در فرض عدم انتخاب قانون حاکم، داور اختیار تعیین قانون حاکم را دارا خواهد بود. بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی داوری‌های تجاری و بند ۲ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال از ایده الزام‌آوری قواعد حل تعارض مقرر رسیدگی دست کشیده‌اند. حتی در قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان هم داور، قواعد حل تعارضی را که مناسب بداند اعمال خواهد کرد (Ellis, 1999: 152). در زمان تدوین قانون نمونه هم همین ایده مقبولیت بیشتری داشت (Broches, 1990: 147). در نتیجه هرچند داور از منویات تعارض قوانین مقرر رسیدگی آزاد است اما ابتدا قواعد حل تعارض قابل اعمال را تعیین خواهد کرد تا به واسطه آن حاکم را بیابد. تعارض در قواعد حل تعارض که تحت عنوان تعارض درجه دوم<sup>۱</sup> مشهور است به گونه‌های مختلفی قابل حل است و این تعارض به واسطه قواعد حل تعارض مقرر، یا اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی یا قواعد نزدیک‌تر به قضیه یا قواعدی که مناسب‌تر تشخیص داده می‌شود، حل و فصل می‌شود (Poudret & et al, 2007: 52).

بدون شک این روش فواید خود را دارد و در قضایای مختلفی هم به کار گرفته شده است. خصوصاً در مواردی که داور بخواهد دلیلی را برای اعمال مجموعه‌ای از قواعد ملی عنوان کند، به کار خواهد آمد. با این وجود در مواردی که قواعد حل تعارض به قانون واحدی نمی‌رسند، با مشکل مواجه خواهد بود. انتخاب میان یکی از روش‌های حل تعارض هم به آسانی قابل حل نیست، خصوصاً اینکه ما قواعد فرا حل تعارض<sup>۲</sup> در اختیار نداریم. به نظر معقول‌ترین راه برای برون‌رفت از این مشکلات، رجوع به قانون

1. Conflit au deuxième degré  
2. Meta conflict of laws rule

حاکم موردنظر طرفین در زمان وقوع مسائل مشابه است. این رویکرد مشابه مورد قبل است که در آن به مقایسه و مطابقت نظام‌های حل تعارض مختلف پرداخته می‌شود. با این حال، در این مورد رابطه میان پرونده و قواعد مورد تحلیل چندان به هم نزدیک نیستند یا اینکه چنان رابطه‌ای در این میان وجود ندارد. این روش بسیار شبیه کاوش برای پیدا کردن اصول کلی ماهوی است مانند اصولی که در حقوق تجاری<sup>۱</sup> وجود دارد.

#### ۴. مطالعه تطبیقی روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری در

##### حقوق تطبیقی

در این قسمت به بررسی تطبیقی روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری در نظام‌های حقوقی اروپا و ایالات متحده پرداخته می‌شود و در مباحث آتی قابلیت اعمال این روش‌ها در نظام حقوقی ایران بررسی خواهد شد.

۴-۱. روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری در حقوق اروپا  
قواعد آمره بر روش‌های حل تعارض کشورهای اروپایی تأثیر بسزایی دارد. در ادامه به بررسی کشور آلمان به عنوان نماینده حقوق نوشته کشورهای اروپایی و انگلیس به عنوان نماینده حقوق عرفی خواهیم پرداخت.

#### ۴-۱-۱. نظام حقوقی آلمان

دولت آلمان هم مانند دولت‌های بریتانیا و لوکزامبورگ در بحث تعارض قوانین از اختیار اعمال حق شرطی مندرج در بند الف پاراگراف یک ماده ۲۲ کنوانسیون رم استفاده و از این‌رو از اعمال بند یک ماده ۷ پرهیز کرده است؛ اما اعمال این حق شرط ضرورتاً به معنی عدم رسیدگی دادگاه‌های آلمانی به قواعد آمره خارجی نیست. قانون‌گذار آلمانی

1. Lex mercatoria.

نوعی خلأ حقوقی<sup>۱</sup> ایجاد کرده است تا رویه قضایی تکلیف پر کردن آن را بر عهده دارد (اسکندری، ۱۳۸۹: ۳۵).

دیوان عالی آلمان مکرراً از اعمال قاعده آمره خارجی اجتناب ورزیده و این امر را به عنوان یکی از مسائل حاکمیتی و مرتبط با حقوق عمومی توصیف کرده است. با این حال، به طور کلی این قواعد را نادیده نگرفته است بلکه در نهایت به رویکردی دست پیدا کرده است که صعوبت و اضطراب طرفین قرارداد را در نظر گیرد در شرایطی که همواره بر اصل عدم اعمال قواعد حقوق عمومی دولت خارجی اصرار ورزیده است. جهت روشن کردن مسئله فرض عدم اعمال قواعد حقوق دول خارجی یکی از تصمیم‌های دیوان عالی عنوان می‌شود:

در پرونده سالچنیز<sup>۲</sup> نویسنده روسی به همین نام، اختیار چاپ انحصاری کتاب خود را به ناشری آلمانی اعطا می‌کند. متعاقب آن خود نویسنده اقدام به نشر کتاب می‌کند که ناشر آلمانی در پی این اقدام وی، دعوایی را علیه وی اقامه می‌کند. نویسنده سالچنیز ادعا می‌کند که قوانین انحصار روسیه در خصوص تجارت خارجی مانع وی بوده است که حق خود را به ناشر انتقال دهد. دیوان عالی آلمان در تصمیم خود اعلام می‌کند که قرارداد مزبور نافذ و معتبر بوده است و قوانین روسیه در این خصوص تنها در قلمروی روسیه اعتبار دارند. از سوی دیگر قوانین مرتبط با حق نشر را نمی‌توان محدود به قلمرو کشوری، از جمله روسیه دانست. در این تصمیم دیوان عالی آلمان با امتناع از اعمال قواعد حقوق عمومی بیگانه اعلام می‌کند که این قواعد تنها در محدوده سرزمینی دولت تصویب کننده قاعده قابلیت اعمال دارند. با این حال دیوان دو استثنا برای قاعده کلی وارد می‌کند. نخست، قواعد بیگانه‌ای که موجب توازن و تعادل میان منافع طرفین قرارداد می‌شوند. دیوان توضیح بیشتری برای روشن شدن موضوع نمی‌دهد. در حالی که یافتن مصادیق این استثنا در عمل دشوار است و شاید به همین دلیل است که تاکنون این مورد در رویه عملاً اجرا نشده است. استثنا دوم در مواردی است که دولت توصیه‌کننده قاعده عملاً بتواند

1. Lacunae  
2. Solchenizyn

مجری و ضمانت اجرا بخش قاعده مورد تصویب خود باشد (Spears, 2010:1061). در نتیجه نظریه حاکم بر این استثنا مبتنی بر این واقعیت است که در این موارد دولت توان اجرای قاعده را دارد و قاضی رسیدگی کننده این امر را نمی‌تواند نادیده بگیرد. اشاره به این نکته ضروری است که دولت آلمان اختیار کامل در خصوص انتخاب قواعد حل تعارض را نداده، بلکه می‌بایست در خصوص رسیدگی‌های داوری نسبت به نوع خاصی از قواعد حل تعارض اندیشیده شود. ماده ۱۰۵۱ قانون داوری آلمان این رویکرد را در سال ۱۹۹۸ طرح کرد. بند ۲ این ماده عنوان می‌دارد که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین، داور مکلف است قانون دولتی را اعمال کند که نزدیک‌ترین رابطه را با پرونده تحت رسیدگی دارا است. این قاعده بر همه داوری‌هایی که در آلمان صورت می‌گیرد حاکم است. روشن است که آلمان در پی ایجاد نوعی الزام برای رویکرد سنتی جهت اعمال قواعد حل تعارض مقرر رسیدگی بوده است و قانون‌گذار آلمان در پی آن است که داور تفسیری آزادانه از مفهوم نزدیک‌ترین رابطه داشته باشند (Dworkin, 1978: 245). از سوی صرف استناد به ماده ۳ کنوانسیون رم که مفهوم نزدیک‌ترین رابطه در آن درج شده است نیز هم کفایت نخواهد کرد. بلکه داوران مکلف به بررسی بیشتری خواهند بود. به این ترتیب قانون‌گذار آلمانی نظام خاصی از تعارض قوانین را برای رسیدگی‌های داوری در سرزمین خود ایجاد کرده است.

#### ۴-۱-۲. حقوق انگلیس

بریتانیا با اعمال اختیار خود در استفاده از حق شرط مندرج در بند ۱ ماده ۲۲ کنوانسیون رم، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم را اعمال نمی‌کند. دادگاه‌های انگلیسی به کرات عنوان کرده‌اند که تنها قواعد آمره انگلستان را اعمال خواهند کرد و در کنار تنها قواعد آمره خارجی را اعمال می‌کنند که در نتیجه اعمال قواعد حل تعارض قابل اعمال باشند.<sup>۱</sup> این رویکرد تا حد زیادی مشابه رویه آلمان (نظریه بدهی) است. با این وجود تأثیر این قواعد خارجی از سوی دادگاه‌های انگلیسی در نظر گرفته می‌شود. محاکم انگلیس این مسئله را به عنوان اعمال

1. Kleinworth, Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie A.G. 2 K.B. 678 (C.A.) 1939.

قواعد آمره دول خارجی توصیف نمی‌کنند. بلکه آن را به عنوان سیاست عمومی قواعد یا قانون محل اجرای قرارداد<sup>۱</sup> شناسایی می‌کنند. در بسیاری از موارد وقتی که قراردادی قانونی خارجی را نقض می‌کند، دادگاه‌های انگلیسی قانون خارجی را اعمال نمی‌کند. در این موارد دادگاه رویکرد حل تعارض قوانینی را به کار نمی‌برد بلکه صرفاً به مفهوم گسترده نظم عمومی انگلستان استناد می‌کند. در قضیه Foster v. Driscoll گروهی به قصد قاچاق ویسکی (مشروب الکلی) از بریتانیا به آمریکا قرارداد مشارکتی منعقد کردند که در آن زمان ورود این نوع مشروب به آمریکا غیرقانونی اعلام شده بود. مرجع استیناف قرارداد را باطل و غیر قانونی اعلام کرد که مستند آن مغایرت قرارداد با سیاست عمومی و اخلاق حسنه بریتانیا بود. به این ترتیب سیاست عمومی انگلستان الغای قرارداد را بر مبنای غیرقانونی بودن امری بر اساس قانون دولت خارجی استنباط کرد.<sup>۲</sup> به این دلیل که در غیر این صورت، آمریکا بر اساس ضوابط نزاکت سیاسی میان دولت‌ها و تعهدات مندرج در حقوق بین‌الملل علیه انگلستان اقامه دعوا خواهد کرد. آشکار است که دادگاه قصد اعمال قاعده دولت بیگانه را نداشته بلکه بر اساس مصلحت‌سنجی‌های دیگر و سیاست عمومی خود انگلستان، قرارداد را ملغی کرده است. در قضیه Lemenda Trading Co. v. Afran Middle East Petroleum Co. می‌توان تکنیک محاکم انگلیس در اعمال قواعد آمره خارجی را مشاهده کرد. شعبه استیناف دادگاه انگلیس انعقاد قرارداد را مغایر سیاست عمومی دولت قطر شناسایی می‌کند بدون اینکه قاعده خاصی را نقض کرده باشد (Dworkin, 1978: 35).

در مواردی که سیاست عمومی داخلی دولتی نقض شود امکان آن وجود دارد که قرارداد در انگلستان اجرایی شود. مگر آنکه مغایر سیاست عمومی خود انگلستان باشد که مشابه سیاست عمومی دولت خارجی دیگری است. لذا در این پرونده هم غیر قابل اجرا بودن قرارداد به دلیل لابی کردن با شرکتی دولتی انگلیسی صادر شد. در این قضایا محاکم انگلیسی با استناد به نظم عمومی انگلستان بسیار موسع‌تر از آنچه در ماده ۱۶ کنوانسیون رم وجود دارد، حکم به الغای قراردادها صادر شده است (Dworkin, 1978: 35). در زمینه

1. lex loci solutionis

2. Judgement of the Court of Appeal in Foster v. Driscoll, 1 KB 470 (CA), 13 December 1929.



داوری بریتانیا در بند ۳ ماده ۴۶ قانون داوری ۱۹۹۶ اختیار تعیین قانون حل تعارض قابل‌اعمال را در فرض عدم انتخاب از سوی طرفین، بر عهده داور گذاشته است. در نتیجه روشن است که داوری‌های صورت گرفته در انگلیس الزامی به رعایت قواعد حل تعارض انگلستان ندارند و قوانین حل تعارض مناسب را بر حسب مورد تعیین خواهند کرد.

#### ۲-۴. روش‌های حل تعارض در اختلاف‌های داوری‌های تجاری در حقوق ایالات متحده آمریکا

در ایالات متحده آمریکا، مطابق قانون ۱۹۳۴ تعارض قوانین، حق مکتسب در هر جا که فرایند اکتساب به صورت معتبر صورت گرفته باشد، محترم خواهد بود. در واقع این تئوری محلی کردن امور بوده است که با نقدهای فراوانی روبه‌رو شد و پس از مدتی نظریه تحلیل منافع و سیاست‌های عمومی مدنظر در لوای قانون کوری طرح شد. در ماده ۱۸۷ اصلاحیه قانون حل تعارض، دادگاه در بدو امر قانون حاکم منتخب طرفین را اعمال خواهد کرد. بر اساس بند ۲ ب ماده ۱۸۷ دادگاه می‌تواند قانون دولتی را ماهیتاً به قضیه ارتباط دارد را نیز بر پرونده اعمال کند. لذا با وجود احترام به قلمروی آزادی اراده طرفین قرارداد، زمینه اعمال دولت دارای ارتباط نزدیک با قانون نیز باز گذاشته شده است (Arai-Takahashi, 2002:212).

با توجه به توضیحات فوق، می‌توان نقاط مشترکی را میان نظام امریکایی تعارض قوانین با رویکردهای موجود در نظام‌های حقوقی اروپای قاره‌ای مشاهده کرد. در هیچ‌یک از این نظام‌ها ما قواعد حل تعارض همه‌جانبه نداریم که تکلیف نهایی را یکسره کرده باشد. بلکه ضابطه‌هایی اعلام شده‌اند که زمینه اعمال قانون مناسب را فراهم می‌کنند. در بدو امر قصد قانون‌گذار جهت اعمال فرا سرزمینی مورد کاوش قرار می‌گیرد، پس از آن وجود یا عدم وجود رابطه نزدیک میان دولت و پرونده مورد رسیدگی ارزیابی خواهد شد و در نهایت سازگاری اعمال آن قاعده را با منافع دولت مرجع رسیدگی می‌سنجیم. هر دو تحلیل مبتنی بر نوعی ارزیابی سیاست یا منافع دولتی استوار شده‌اند تا گستره

اعمال صلاحیت فرا سرزمینی قوانین آن دولت‌ها را تعیین کنیم، در نتیجه عمل‌گرا به حساب می‌آیند.

در حقوق این کشور، تنها دلایل مقتضی برای بطلان آرای داوری در ماد ۱۰ قانون FAA فهرست شده‌اند. این ماده مجوز رسیدگی ماهوی دادگاه‌ها بر آرای داوری و احراز مغایرت با سیاست عمومی را صادر نمی‌کند. البته در همین مورد، ضابطه‌ای برای بررسی ماهوی به صورت محدود ارائه شده است. در قضیه *Wilko v. Swan* عنوان می‌شود که داوران مکلف به رعایت تفاسیر محاکم نیستند، با این حال نباید به صورت واضح مغایر با قوانین باشند.<sup>۱</sup> در ادامه آرای داوری داخلی در صورت نقض سیاست عمومی، قابل اعتراض دانسته شده‌اند.<sup>۲</sup> لازم به ذکر است در این کشور، صرف‌نظر از اینکه مراجع داوری چه برداشتی از نظم عمومی را اعمال کنند، محاکم امریکایی به بررسی مجدد مسائل موضوعی و وقایع پرونده نخواهند پرداخت. البته این به آن معنا نیست که مسئله اعمال قواعد آمره امریکا از سوی داوران، در جریان رسیدگی محاکم، مورد بررسی قرار نگیرد. در قضیه *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc* دیوان عالی امریکا عنوان کرد که دادگاه از اعمال منافع مشروع و قانونی امریکا در اجرای قوانین آنتی‌تر است از سوی داوران، اطمینان حاصل خواهد کرد.<sup>۳</sup> در صورتی که مرجع داوری در برآوردن این مقصود ناکام باشد، دادگاه در عدم شناسایی و اجرا نکردن رأی صادره، درنگ نخواهد کرد.

۳-۴. امکان اعمال روش‌های حل تعارض موجود در نظام‌های حقوق تطبیقی در

### حقوق ایران

در این قسمت به بررسی فرصت‌های موجود در حقوق ایران برای جذب و اعمال روش‌های حل تعارض در اختلاف‌ها در داوری‌های تجاری بین‌المللی خواهیم پرداخت.

1. Judgement, 7 December 1953, 346 U.S. 436ss.

2. Judgement in *Grace & Co. V. Local Union*, 31 May 1983, W.R. 461 U.S. 757.

3. Judgement of the Supreme Court in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc*, 2 July 1985, 473 US 614, 638.

۳-۴-۱. قواعد آمره و تکمیلی نظام حقوقی ایران در رابطه با داوری‌های تجاری بین‌المللی در حقوق ایران، طرفین در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی آزادند. احترام به آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر دعوا در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همانند قانون نمونه آنسیترال وجود دارد. بند اول ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در واقع ترجمه فارسی عین ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال است و بر اساس آن انتخاب طرفین اولویت داشته و هیچ‌گونه محدودیتی ندارد. به عبارت دقیق‌تر به نظر نمی‌رسد بتوان ماده ۲۷ را طوری تفسیر کرد که مجوز اعتبار هرگونه انتخاب قانون ماهوی حاکم باشد بلکه این ماده انتخاب طرفین را تا جایی محترم شمرده که به موجب قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری نیز معتبر باشد. علاوه بر این ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران در این مورد با دشواری‌هایی مواجه است و به‌ویژه از حیث آزادی عمل اتباع ایرانی برای موافقت با چنین انتخاب مطلق و نامقیدی چندان روشن و آسان نیست. این ماده در واقع آزادی انتخاب اتباع ایرانی را که برخلاف قاعده مندرج در آن باشد با این فرض که به علت انعقاد قرارداد در ایران، موضوع مشمول قانون ایران خواهد بود، محدود می‌کند (سیفی، ۱۳۷۷: ۷۲).

در صورت سکوت کامل طرفین به نحوی که اراده ضمنی آن‌ها قابل استنباط نباشد، داوران به موجب حقوق ایران، آزادی به معنی وسیع مطروحه در کنوانسیون‌ها و رویه داوری بین‌المللی را ندارند و آنان باید قانون قابل اعمال را بر مبنای قواعد تعارض قوانین ایران تعیین کنند (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۶۶). وجود ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در حقوق ایران باعث پیدایش دو قاعده حل تعارض متفاوت در خصوص قراردادها در سیستم حقوقی ایران شده است. بر اساس ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایرانی‌های طرف قراردادها بین‌المللی اختیار تعیین قانون حاکم بر قراردادشان را ندارند لیکن بر اساس ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، این اختیار در حد وسیعی به آن‌ها داده شده است (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۱۴۶). با این وجود به نظر می‌رسد هر یک از مواد مذکور می‌بایست به دقت کنکاش و مورد بررسی قرار گیرند تا بتوان سیمای شفافی از حقوق ایران ارائه داد.

ماده ۹۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». ظاهر دو پهلو و مبهم ماده، جدال موجود بین نظریه قدیمی حکومت قانون محل انعقاد قرارداد بر قرارداد و نظریه حکومت قانون حاکمیت اراده (قانون منتخب طرفین) را در حقوق ایران همچنان زنده نگه داشته است، جدالی که در عمده نظام‌های مهم حقوقی به نفع نظریه اخیر خاتمه یافته است.

راجع به ماده ۹۶۸ بحث بر سر این نکته است که آیا قسمت اول ماده که متضمن قاعده حکومت قانون محل انعقاد عقد بر آن است، امری است یا تخییری؟ آن‌ها که قسمت اول ماده را امری تلقی کرده‌اند قانون ایران را در مورد عقود منعقد در ایران، به‌طور اجباری مجری می‌دانند (طیبی فرد، ۱۳۷۰: ۶۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۸۹) و دیگریانی که بخش اول ماده را تخییری می‌دانند، حکم مندرج در آن را مانند همه احکام تخییری و تفسیری ناظر به مورد سکوت متعاقدین تلقی می‌کنند و لذا در صورت وجود اراده صریح یا ضمنی خلاف، مفاد این اراده را بر حکم مندرج در ماده ۹۶۸ مقدم می‌دارند (الماسی، ۱۳۹۰: ۲۱۱؛ نصیری، ۱۳۸۳: ۵۸).

ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی با عنوان قانون حاکم قاعده حل تعارض مربوط به ماهیت اختلاف قراردادی است. این ماده تقریباً جامع کلیه موضوعات مربوط به تعارض قوانین مربوط به قراردادی است که به داوری ارجاع می‌شود. بند (۱) ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر داشته است: «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون حاکم یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود مگر این که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند». این بند به وضوح اصل حاکمیت اراده در زمینه انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوی را پذیرفته است. برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که این ماده امری است و لذا جز در موردی که هر دو طرف خارجی باشند نمی‌توان به قانون دیگری جز قانون محل وقوع عقد تمسک جست؛ اما برخی دیگر بر

این اعتقادند که این ماده اختیاری است (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۹۵). بند (۱) ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال مقرر داشته است: «دیوان داوری برحسب قواعد حقوقی که طرفین به عنوان قواعد قابل‌اعمال در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، در خصوص اختلاف (دعوی) اتخاذ تصمیم خواهد کرد. هرگونه تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به عنوان ارجاع مستقیم به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد و نه قواعد حل تعارض آن، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند».

در بند (۲) ماده ۲۷ قانون بین‌المللی ایران آمده است: «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». قانون داوری تجاری ایران این امر را نپذیرفته است که داور، قانون ماهوی حاکم بر داوری را به‌طور مستقیم خود تعیین کند؛ اما پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که منظور قانون داوری ایران از قواعد حل تعارض، کدام قواعد است؟ آیا قواعد حل تعارض حقوق ایران مدنظر است؟ به نظر برخی از نویسندگان، از ظاهر بند دو ماده ۲۷ قانون داوری، برمی‌آید که مراد از قواعد حل تعارض، قواعد حل تعارض ایران، آن هم به‌طور اجباری است در حالی که قانون نمونه آنسیترال که مبنای قانون‌گذار ایرانی بوده است، قواعد حل تعارضی را منظور نظر داشته است که دیوان داوری خود قابل‌اعمال تشخیص دهد (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۱۸۰). بند (۲) ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال بیان کرده: «در صورت عدم تعیین (قانون ماهوی) از جانب طرفین، دیوان داوری قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده، تعیین می‌شود».

در بند (۳) ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران بیان شده است که: «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد». این اجازه، با عبارتهای مشابه در اسناد بین‌المللی دیگر مانند قانون نمونه آنسیترال و قواعد داوری آن نیز آمده است. بند (۳) ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال مانند ایران بر این امر تأکید داشته و مقرر می‌دارد: دیوان داوری صرفاً در

صورتی بر اساس عدل و انصاف<sup>۱</sup> یا به عنوان میانجیگری دوستانه<sup>۲</sup> اتخاذ تصمیم می‌کند که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌ای به او داده باشند.

بند (۴) ماده ۲۷ قانون داوری نیز مانند قانون نمونه آنسیترال، قواعد داوری آنسیترال و مقررات اتاق بازرگانی و بسیاری از اسناد بین‌المللی داوری، داور را مکلف به رعایت شرایط قرارداد و عرف بازرگانی بین‌المللی در تصمیم‌گیری خود کرده است. بند (۴) ماده‌ی ۲۸ قانون نمونه آنسیترال بیان کرده: «داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد».

به عنوان نتیجه در بررسی تعارض ظاهری ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌توان گفت چنانچه نسخ قانون را عبارت از سلب اعتبار قانون توسط قانون‌گذار بدانیم و صور معمول نسخ قوانین را در نظر بگیریم که ممکن است صریح و ضمنی باشد و این‌که قوانین ناسخ و منسوخ باید از یک جنس (مربوط به یک موضوع و یک مرجع رسیدگی) باشند یا نسبت به یکدیگر عام و خاص باشند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۷۵)، ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ ناسخ ماده ۹۶۸ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ نمی‌تواند باشد. ماده ۹۶۸ ق.م. قاعده حل تعارض مربوط به دادرسی‌های (رسیدگی‌های) قضایی یا دادگاه‌ها، ماده ۲۷ قانون داوری یا دیوان‌های داوری است. قاعده اول متناسب با ماهیت دادگاه‌ها که مراجع دولتی هستند بوده و قاعده دوم متناسب با ماهیت دیوان داوری که مراجع خصوصی و منتخب یا محصول اراده طرفین است. حتی اگر فرضاً، ماده ۹۶۸ قانون مدنی را عام و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی را خاص بدانیم، قانون عام سابق فقط در محدوده قانون خاص جدید نسخ ضمنی شده و غیر قابل اعمال خواهد بود، به عبارت دیگر قانون خاص جدید اجرای حکم عام سابق را در مورد خاص نمی‌پذیرد.

با این نگرش به ماده ۹۶۸ ق.م. و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، در عمل برای یک موضوع اختلاف (اختلاف قراردادی بین‌المللی) در دو مرجع (دادگاه و دیوان

1. ex aequo et bono  
2. amiable composition

داوری) در یک کشور و یک سیستم حقوقی، دو قاعده حل تعارض کاملاً متفاوت وجود خواهد داشت که می‌تواند منتهی به دو نتیجه مختلف در حل اختلاف مزبور شود (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۱۴۴). به عبارت دیگر، اگر طرفین اختلاف، داوری را به عنوان وسیله حل اختلاف خود انتخاب کنند، آزادی اراده آن‌ها در تعیین قانون حاکم بر قراردادشان پذیرفته می‌شود اما چنانچه به دادگاه مراجعه کنند آزادی اراده آن‌ها پذیرفته نخواهد شد. به نظر می‌رسد این تعارض در قانون‌گذاری باشد که بهتر است در جهت ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی حل شود.

#### ۲-۳-۴. فرصت‌های نظام حقوقی ایران برای اعمال روش‌های حل تعارض در داوری‌های تجاری

یکی از مهم‌ترین اقدام‌های دولت جمهوری اسلامی ایران جهت همگام شدن با قواعد داوری بین‌المللی، تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ بود. همچنین دولت ایران با پیوستن به کنوانسیون نیویورک، گام بزرگی برای جلب اعتماد سرمایه‌گذاران خارجی برداشته است، زیرا تسهیل اجرای آرای داوری خود می‌تواند به تحقق اهداف اقتصادی ایران کمک شایانی کند.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ حاوی ابتکارات مهمی در زمینه داوری است که همین امر می‌تواند مبنایی برای جذب و اعمال روش‌های حل تعارض در اختلاف‌ها در داوری‌های تجاری بین‌المللی در حقوق ایران باشد. برای مثال ماده ۲۷ این قانون یکی از مهم‌ترین این تحولات است، زیرا در ماده ۲۷ این قانون ضمن شناسایی هر چه بیشتر حاکمیت اراده گامی روبه‌جلو در مقایسه مواد ۹۶۶، ۹۶۷ و ۹۶۸ ق. م است. با این وجود، در حقوق ایران، داور در انتخاب قانون مناسب الزامی به رعایت قوانین حل تعارض قانون ایران را نخواهد داشت. لازم به ذکر است که در بریتانیا نیز در بند ۳ ماده ۴۶ قانون داوری ۱۹۹۶ اختیار تعیین قانون حل تعارض قابل‌اعمال را در فرض عدم انتخاب از سوی طرفین، بر عهده داور گذاشته است. در نتیجه روشن است که داوری‌های

صورت گرفته در انگلیس الزامی به رعایت قواعد حل تعارض انگلستان ندارند و قوانین حل تعارض مناسب را بر حسب مورد تعیین خواهند کرد.

در تعیین قانون حل تعارض مناسب نیز به نظر می‌رسد بتوان از روش تعیین شده در نظام حقوقی آلمان الگوبرداری کرد. ماده ۱۰۵۱ قانون داوری آلمان رویکرد نزدیک‌ترین ارتباط را در سال ۱۹۹۸ طرح کرد. بند ۲ این ماده عنوان می‌دارد: که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین، داور مکلف است قانون دولتی را اعمال کند که نزدیک‌ترین رابطه را با پرونده تحت رسیدگی دارا است. این قاعده بر همه داوری‌هایی که در آلمان صورت می‌گیرد، حاکم است. در نظام حقوقی ایران نیز به نظر می‌رسد با توجه به تفسیر فوق‌الذکر که به داور اجازه انتخاب قانون حل تعارض مناسب را داده است، داور نیز با استفاده از واژه قانون تعارض مناسب، معیار انتخاب قانون مناسب را دارا بودن نزدیک‌ترین ارتباط در نظر گرفت. لازم به ذکر است که علاوه بر آلمان این روش در کشورهای دیگری همچون سوئیس نیز پذیرفته شده است.

### فرجام سخن

قواعد آمره قواعدی هستند که قانون‌گذار آن‌ها را در هر شرایطی لازم دانسته است، زیرا مصلحت خاصی اجرای آن قواعد را لازم می‌دانند. در داوری نیز هر چند جوهره داوری اصل حاکمیت اراده و آزادی طرفین داوری و داوری است اما رعایت برخی از موارد از سوی داور و طرفین نیز الزامی است. قانون داوری ۱۳۷۶ ایران الزامی مقرر داشته است که در صورت عدم تعیین قانون حاکم از سوی طرفین داور باید قانون حاکم را تعیین کند. بر اساس بند ۲ ماده ۲۷ همین قانون نیز داور در انتخاب قانون مناسب الزامی به رعایت قوانین حل تعارض قانون ایران را نخواهد داشت و می‌تواند قانون حل تعارض مناسب را انتخاب کند.

باید توجه داشت هر چند در حقوق ایران نمی‌توان قاعده تکمیلی در مورد قابلیت داوری‌پذیری دعاوی پیدا کرد و قواعد موجود در این زمینه همه امری هستند، اما در مورد تعیین قانون حاکم در دعوا در نظام حقوقی ایران قواعد تکمیلی در این زمینه وجود



دارد که بسیار نیز واجد اهمیت است. در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز در دو ماده ۱۹ (راجع به تعیین قواعد رسیدگی) و بند «ب» ماده ۳۳ (قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری)، قواعد تکمیلی هستند که در این زمینه وجود دارند. علاوه بر این، رأی داوری در مرحله اجرا نیز که یکی از مهم‌ترین بخش‌های داوری است، نباید برخلاف نظم عمومی باشد و کشور محل شناسایی و اجرای رأی می‌تواند به استناد مخالفت با نظم عمومی از شناسایی و اجرای رأی داوری خودداری کند.

در پایان اشاره به این نکته ضروری است که هرچند برخی بر این باور هستند ماده ۹۶۸ ق.م. در نتیجه ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی نسخ شده است اما به نظر می‌رسد که ماده ۹۶۸ کماکان پابرجا است، زیرا قوانین ناسخ و منسوخ باید از یک جنس (مربوط به یک موضوع و یک مرجع رسیدگی) باشند یا نسبت به یکدیگر عام و خاص باشند، این در حالی است که ماده ۹۶۸ ق.م. قاعده حل تعارض مربوط به دادرسی‌های (رسیدگی‌های) قضایی یا دادگاه‌ها و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مربوط به داوری یا دیوان‌های داوری است. قاعده اول متناسب با ماهیت دادگاه‌ها که مراجع دولتی هستند بوده و قاعده دوم متناسب با ماهیت دیوان داوری که مراجع خصوصی و منتخب یا محصول اراده طرفین است. حتی اگر فرضاً، ماده ۹۶۸ قانون مدنی را عام و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی را خاص بدانیم، قانون عام سابق فقط در محدوده قانون خاص جدید نسخ ضمنی شده و غیر قابل اعمال خواهد بود، به عبارت دیگر قانون خاص جدید اجرای حکم عام سابق را در مورد خاص نمی‌پذیرد.

## منابع

### الف. فارسی

اسکندری، حسین (۱۳۸۹) «آثار اعتراض به رأی داوری در کنوانسیون‌های بین‌المللی و حقوق داخلی کشور»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۴، صص ۲۱-۳۸.

اسکینی، ربیعا (۱۳۶۹) «اختیار دولت‌ها و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۲۵، شماره ۰، صص ۳۱-۷۸.

الماسی، نجادعلی (۱۳۸۵) حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: میزان.

الماسی، نجادعلی (۱۳۹۰) تعارض قوانین، تهران: نشر جهاد دانشگاهی.

امیرمعزی، احمد (۱۳۹۱) قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، تهران: دادگستر. بروشه، آرون (۱۳۶۸) «قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، دوره ۹، شماره ۱۸، صص ۱۹-۳۸.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶) مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳) مقدمه علم حقوق، تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹) ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.

جنیدی، لعیا (۱۳۷۶) قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران: نشر دادگستر.

جمشیدنیا، آرزو (۱۳۹۰) شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی و رژیم‌های حاکم بر آنها، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق: دانشگاه تهران.

جنیدی، لعیا (۱۳۹۰) «کنوانسیون نیویورک و رژیم اجرایی آن»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۲، شماره ۱، صص ۵۲-۸۷.

خزاعی، حسین (۱۳۸۸) قابل داوری بودن موضوع اختلاف در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی: تأملاتی در حقوق تطبیقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۹) لغت‌نامه دهخدا، جلد ششم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

رئسی، سعید (۱۳۹۲) داوری‌پذیری دعاوی در حقوق ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علامه محدث نوری.

سیفی، سید جمال (۱۳۷۷) «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال»، مجله حقوقی، دوره ۲، شماره ۲۳، صص ۳۵-۸۲.

شهبازی نیا، مرتضی و عیسایی تفرشی، محمد و علمی، حسین (۱۳۹۲) «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین المللی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۳، صص ۹۳-۱۱۱.

ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۸۴) حقوق بین الملل عمومی، تهران: کتابخانه گنج دانش.

طیبی فرد، امیرحسین (۱۳۷۰) قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی تهران شمال.

علیدوستی، ناصر (۱۳۸۷) «ظرفیت های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات راهبردی، دوره ۱۱، شماره ۱، صص ۷۵-۹۸.

فلسفی، هدایت الله (۱۳۷۹) حقوق بین الملل معاهدات، تهران: فرهنگ نشر نو.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴) مقدمه علم حقوق، تهران: انتشارات پایدار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲) قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاوایانی، کورش (۱۳۸۰) «اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی»، پژوهش های حقوق عمومی، دوره ۳، شماره ۵ زمستان ۱۳۸۰، صص ۱۲۹-۱۴۴.

مافی، همایون و تقی پور، حسین (۱۳۹۱) «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در اتحادیه اروپا و آمریکا»، فصلنامه پژوهش های حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره ۱۳، صص ۱۴۷-۱۸۰.

مدنی، سید جلال الدین (۱۳۹۱) آیین دادرسی مدنی، تهران: میزان.

موسی زاده، رضا (۱۳۸۳) حقوق معاهدات بین المللی، تهران: نشر میزان.

نصیری، مرتضی (۱۳۸۳) اجرای آراء داوری خارجی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۹۳) داوری تجاری بین المللی: آیین داوری ۱۳۹۳، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی.

ب. انگلیسی

Arai-Takahashi, Yutaka (2002) **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Antwerp: Intersentia.

Broches, Aron (1990) **Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**, Netherland: Springer.

- Crook, John R. (1989) "Applicable Law in International Commercial Arbitration: The Iran. U.S. Claims Tribunal Experience", **American Journal of International Law**, Vol. 83, No. 2, pp. 278-311.
- Dworkin, Ronald (1978) **Taking Rights Seriously**, Cambridge: Harvard University Press.
- Ellis, Evelyn (1999) **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, London: Cambridge University Press.
- Hudson, Alistair (2004) **New Perspectives on Property Law: Obligations and Restitution**, London: Cavendish.
- Maniruzzaman, A.F.M. (2005) "State Enterprise Arbitration and Sovereign Immunity Issues: A Look at Recent Trends", **Dispute Resolution Journal**, Vol. 60, No.3, pp. 76-85.
- Paulsson, Jan (1995) "Arbitration Without Privity", *Foreign Investment Law Journal*, Volume 10, Issue 2, pp. 232-257.
- Poudret, Jean-Francois & et al (2007) **Comparative Law of International Arbitration**, 2nd Edition, London: Sweet & Maxwell.
- Spears, Suzanne A. (2010) "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements", **Journal of International Economic Law**, Vol. 13, Issue 4, pp. 1037-1075.

### Cases

- ICC Case No. 4434/1982,110 Clunet, 1983: 889
- ICC Case No. 4996/1985,113 Clunet: 1133
- ICC Case NO.1689/1970, Y. Derains, Rev.arb., 1972: 104
- ICC Case No.5713/1989, XV Yearbook, 1990
- Judgement of the Court of Appeal in Foster v. Driscoll, 13 December 1929, 1 KB 470 (CA)
- Judgement of the Supreme Court in Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc, 2 July 1985, 473 US 614, 638.
- Kleinworth, Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie A.G. 2 K.B. 678 (C.A). (1939). See eg: ICC Case No. 4434/1982,110 Clunet, 1983: 889
- Lemenda case in Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SDRP Holding Company Yearbook Comm. Arb'n XXIVa 1999, 753 (765- 766); Collier, CambridgeLJ 1988, 169 (171).