

تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی

دکتر ربیعا اسکنی

مقدمه

هر اندازه که مراجعه به داوری در روابط تجاری داخلی به نسبت مراجعه به دادگستری محدود است، استفاده از داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی یعنی قراردادهایی که دارای عنصر خارجی است، مورد توجه بسیار قرار دارد.^۱

علت اساسی این امر هرچه باشد – سرعت در رسیدگی، عدم اعتماد طرفین به دادگاههای داخلی یکدیگر، میل «جامعه بین‌المللی خریداران و فروشندگان» به داشتن دادگاه‌های اختصاصی^۲ – واقعیت این است که امروزه کمتر قرارداد تجاری بین‌المللی پیدا می‌شود که در آن به مراجعه به داوری به عنوان تنها وسیله حل و فصل اختلافات میان طرفین اشاره نشده باشد.^۳ بیهوده نیست که علاوه بر اتاق بازرگانی بین‌المللی که مبادرت به تهیه و تدوین مجموعه‌ای تحت عنوان «مقررات سازش و داوری دیوان

1. Loussouarn et Bredin: Droit du commerce international, Sirey, Paris, 1969, no 33.

2. Kahn: Lavente commerciale internationale, 1961, p. 20 et s.

۳. در این میان نقش داوری در حل و فصل اختلافات ناشی از انعقاد و اجرای قراردادهایی که در یک طرف آنها یک دولت یا یک سازمان دولتی قرار دارد و در طرف دیگر یک شرکت خصوصی خارجی، بیشتر از سایر قراردادها است. درخصوص این مطلب رک. به:

Leboulanger: Les contrats entre Etats et entreprises etrangeres. Paris, 1985 no 418.

داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی»^۴ نموده است، دولتهای مختلف و بویژه سازمانهای بین‌المللی برخاسته از بطن آنها کنوانسیونهای متعددی در قرن اخیر به این تأسیس مهم حقوقی اختصاص داده‌اند.^۵

از مزایای عملی داوری بین‌المللی که بگذریم، یکی از علل استقبال از آن از ناحیه بازرگانانی که در سطح بین‌المللی فعالیت می‌کنند، شناسائی این نکته از طرف اغلب نظامهای حقوقی جهان است که طرفین یک معامله می‌توانند چنانچه اراده کنند از مراجعه به دادگستری – یعنی مرجع اصلی و عمومی تظلمات – عدول کرده، برای حل و فصل اختلافات خویش به داوری اشخاص خصوصی (غیرقاضی) مراجعه نمایند.^۶ به همین سبب مؤلفان حقوق معمولاً اقتدار داور را ناشی از اراده طرفین می‌دانند و او را از این حیث در برابر قاضی قرار می‌دهند که اقتدارش را از دولت متبوع خویش کسب می‌نماید.^۷

۴. مقررات مزبور که از سال ۱۹۷۵ به اجرا درآمده در «مجله حقوقی» شماره ۵، بهار ۶۵ با ترجمه فارسی آن به چاپ رسیده است. ولی اخیراً بعضی مواد آن (منجمله ماده ۲) تغییراتی کرده است.

۵. از آن جمله است: پروتکل راجع به شروط داوری مورخ ۲۰ سپتامبر ۱۹۲۳ امضا شده در ژنو؛ کنوانسیون برای شناسائی و اجرای آرای داوری خارجی مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ امضا شده در نیویورک؛ کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر موسوم به «کنوانسیون واشنگتن» که متن این کنوانسیون و ترجمه فارسی آن در «مجله حقوقی» شماره ۶، تابستان – پاییز ۶۵ به چاپ رسیده است؛ کنوانسیون اروپائی راجع به داوری تجاری بین‌المللی مورخ ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ امضا شده در ژنو؛ و ...

۶. مراجعه به داوری بین‌المللی مورد قبول همه کشورهای واقع نشده است: پاره‌ای آن را حتی در روابط میان دولتها و شرکتهای خصوصی خارجی پذیرفته‌اند (فرانسه)؛ گروهی آن را مطلقاً رد می‌کنند (اغلب کشورهای امریکای لاتین)؛ روش بعضی کشورها نیز دو پهلوی است، مثل الجزایر که بطور کلی داوری بین‌المللی را پذیرفته ولی در بعضی زمینه‌ها، بویژه در مورد معاملات مربوط به نفت و استخراج آن را نمی‌پذیرد. درخصوص کل موضوع رک. به:

Leboulanger: op. et loc. cit.

۷. به نظر می‌رسد که مطرح کردن اختلاف میان قاضی و داور به‌نحو فوق هم درست نباشد. واقعیت این است که اقتدار قاضی و داور از یک منبع ناشی می‌شود و آن قانون است. آنچه آن دو را از یکدیگر جدا می‌کند. منبع تعیین حدود اختیار آنها است که در مورد قاضی، در هر حال و بطور مستقیم، قانون کشور متبوع او، و در مورد داور اراده طرفین است که خود آن بطور مستقیم از اراده قانونگذار ناشی می‌شود.

این آزادی اراده طرفین گاه می‌تواند تا آنجا پیش برود که حتی داور را از مراجعه به مقررات و قوانین داخلی کشورها برای حل و فصل اختلافات ارجاعی بی‌نیاز کند و به اصطلاح او را مأمور صدور رأی براساس انصاف نماید. این شیوه داورى که در حقوق تطبیقى به «داورى براساس انصاف»^۹ موسوم است، در آن دسته از سیستم‌های حقوقی داخلی که آن را پذیرفته‌اند^{۱۰} غیرممکن نیست،^{۱۱} مشروط بر اینکه طرفین در قرارداد خویش صراحتاً چنین اختیاری به داور اعطا کرده باشند.^{۱۲} اما آنجا که داورها مکلفند به موجب قانون تنها براساس حقوق موضوع رأی صادر نمایند.^{۱۳} نمی‌توانند تصمیم خود را براساس چیزی جز قانون، رویه قضایی و عرف – در حدود قانون – و خلاصه آنچه نظام حقوقی یک کشور را تشکیل می‌دهد، استوار نمایند.^{۱۴} این است که آزادی اراده طرفین نمی‌تواند لزوم

8. arbitrage selon l'équité.

۹. از جمله کشورهایی که داورى براساس انصاف را پذیرفته‌اند، علاوه بر ایران – مستبطن از مواد ۶۵۷ و ۶۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی – می‌توان از سوئیس، هلند، رومانی، یوگسلاوی، کشورهای فرانسوی زبان افریقائی، لبنان و مالزی نام برد.

۱۰. در یک رأی داورى صادره در پاریس در چارچوب مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی ملاحظه می‌شود: «در داورى بین‌المللی براساس انصاف، جستجوی حقوق ملی حاکم بر ماهیت دعوی برای داور لازم‌الرعايه نیست. بنابراین (در پرونده حاضر) داوران برای اعمال اقتدارشان به عنوان داورانی که باید براساس انصاف در دهند. به اجرای «حقوق بازرگانی فراملی» (lex mercatoria) بسنده می‌کنند.» (درخصوص ماهیت «حقوق بازرگانی فراملی» رک. به لندو: «حقوق بازرگانی فراملی در داورى تجاری بین‌المللی»، ترجمه محسن محبی، «مجله حقوقی» شماره ۵، بهار ۶۵، ص ۵ به بعد).

۱۱. می‌گوئیم صراحتاً، چرا که نمی‌توان سکوت طرفین را درخصوص حقوق حاکم بر قرارداد و یا آئین داورى، دلیل میل و اراده آنها به داورى براساس انصاف تلقی نمود.

۱۲. در کشورهای انگلیس و مشترک‌المنافع داوران مکلفند تنها براساس حقوق موضوعه رأی صادر نمایند. در این کشورها قراردادی که ضمن آن طرفین داورها را از مراجعه به حقوق معاف نموده باشند، قرارداد داورى محسوب نمی‌شود. درخصوص این موضوع رک. به:

David: L'arbitrage dans le commerce international, Paris, 1982, no 374.

۱۳. باید اذعان نمود که حتی داورى که از ناحیه طرفین مأمور می‌شود تا تنها براساس انصاف نظر دهد نمی‌تواند به سیستمهای حقوقی کشورها اعتنائی نکند. چنین داورى مکلف است جستجو کند که آیا طرفین اختیار داشته‌اند که او را از اجرای قواعد حقوقی معاف نمایند یا خیر؟ دریافت پاسخ لازم از ناحیه داور مستلزم رجوع او به قانون حاکم بر قرارداد و بالطبع توسل به سیستم تعارض قوانین خواهد بود.

مراجعة داور به قوانین داخلی را، اعم از قوانین داخلی به معنی اخص کلمه و یا کنوانسیون‌هایی که از ناحیه کشورها به تصویب رسیده و به عبارتی قانون داخلی این کشورها را تشکیل می‌دهند،^{۱۴} منتفی سازد و داور به مناسبت‌های مختلف – از جمله کامل نبودن قرارداد و یا سکوت و ابهام آن درخصوص یک مسئله خاص و یا لزوم رعایت قواعد آمره کشوری که دآوری در آن جریان دارد،^{۱۵} و امثال آن – ناچار به در نظر داشتن قوانین داخلی و مجبور به مراجعه به قواعد تعارض قوانین است.

لزوم مراجعه داور بین‌المللی به سیستم تعارض قوانین در حل و فصل امر متنازع‌فیه هنگامی آشکار می‌شود که طرفین اساساً قانون حاکم بر دعوی را معین نکرده باشند و هیچ قرینه‌ای برای تعیین آن در قرارداد وجود نداشته باشد. بدیهی است داور، همچون قاضی، مجبور است به تعیین قانون حاکم بر امر متنازع‌فیه مبادرت نماید. می‌دانیم که در مقام حل چنین مشکلی روش‌هایی که در سیستم‌های حقوقی مختلف به‌منظور جستجو و یافتن قانون صالح دنبال می‌شود، یکسان نیست. داور برای یافتن قانون حاکم بر مسئله‌ای که او را مشغول کرده است، چه عکس‌العملی باید از خود نشان دهد؟ به عبارت روشن‌تر، داور چه سیستم تعارضی را باید مورد مشورت قرار دهد تا به مقصود خویش که یافتن قانون حاکم بر مسئله مورد تنازع است، نائل شود؟ فرض کنیم در یک قرارداد بیع میان یک خریدار برزیلی و یک فروشنده آلمانی بر سر میزان مسئولیت فروشنده به لحاظ عدم انجام تعهدش در تحویل بموقع کالا اختلاف پیش آید در حالیکه قرارداد

۱۴. مثلاً ماده ۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌کند: «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است».

۱۵. مثلاً هرگاه داور بخواهد طرفین و شهود دعوی را با ادای سوگند دعوت به شهادت نماید، در صورتی می‌تواند به چنین امری مبادرت ورزد که قوانین آمره کشوری که دآوری در آنجا جریان دارد استماع شهادت شهود با سوگند را توسط اشخاص خصوصی – داوران – ممنوع نکرده باشد.

اشاره‌ای به قانون حاکم بر ماهیت دعوی ندارد، و فرض کنیم قرارداد، در عین عدم پیش‌بینی قانون صالح، متضمن شرطی مبنی بر رجوع اختلافات احتمالی به داوری سوئیس است. خریدار برزیلی مدعی می‌شود که برای تعیین حدود مسئولیت فروشنده آلمانی قانون صالح، قانون برزیل است. برعکس، فروشنده معتقد به مراجعه به حقوق آلمان می‌باشد. حقوق هر دو کشور آلمان و برزیل محل اجرای قرارداد را ملاک تعیین قانون حاکم می‌دانند، درحالی‌که قانون سوئیس قانون صالح را قانون کشور محل اقامت متعهد تعهدی که نوع و ماهیت قرارداد را معین می‌کند.^{۱۶} و در عقد بیع انتقال مالکیت مبیع است^{۱۷} محسوب می‌دارد. اجرای سیستم تعارض اول منجر به صلاحیت قانون برزیل می‌شود با فرض اینکه محل اجرای قرارداد برزیل است، و حال آنکه سیستم تعارض سوئیس - یعنی محل داوری - منتهی به تعیین قانون آلمان که اقامتگاه فروشنده در آنجا واقع است می‌گردد. داوری که در سوئیس به قضیه مطروحه رسیدگی می‌کند، براساس کدام سیستم تعارض، قانون حاکم بر امر متنازع فیهِ یعنی میزان مسئولیت فروشنده را معین خواهد نمود؟ براساس سیستم تعارض آلمان و برزیل یا برپایه سیستم تعارض سوئیس؟

حتی اگر طرفین دعوی قانون ماهوی حاکم بر قرارداد را معین نموده باشند، بازهم مسئله تعارض قوانین منتفی نخواهد بود، زیرا گاه موضوعاتی نزد داور مطرح می‌شود که حل آنها مراجعه به حقوق بین‌الملل خصوصی را ایجاب می‌نماید. مثال بارز اینگونه موضوعات اهلیت طرفین دعوی است که بویژه در مورد اشخاص حقوقی مانند شرکتهای دولتی، خارج از حوزه عمل

16. Prestation caractéristique.

17. منظور این است که مهمترین خصیصه قرارداد بیع، انتقال مالکیت مبیع توسط فروشنده به خریدار است و نه پرداخت ثمن توسط خریدار به فروشنده؛ بنابراین قانون محل اقامت فروشنده برای تعیین حدود مسئولیت وی به خاطر عدم تحویل بموقع کالا باید مورد مشورت قرار گیرد.

قانون قرارداد^{۱۸} می‌باشد و بسته به سیستم تعارضی که داور دنبال خواهد کرد، یا تابع قانون دولت متبوع طرفین است – چنانکه مثلاً در مورد حقوق ایران وجود دارد^{۱۹} – و یا تابع قانون محل اقامت^{۲۰} آنان، همانطور که مثلاً در مورد حقوق انگلیس صادق است.^{۲۱}

بعلاوه ممکن است قرارداد فقط قانون حاکم بر قسمتی از مسائل منعکس در آن را معین کرده باشد، چنانکه در داوری معروف به «آرامکو» که در ژنو و تحت ریاست پروفیسور سوسر^{۲۲} حقوقدان سوئیسی صورت گرفت، اتفاق افتاد.^{۲۳}

در قرارداد منعقدہ میان طرفین، ارائه راه حل پاره‌ای مسائل به قانون عربستان سعودی محول شده بود و برای مسائلی که در صلاحیت قانون عربستان سعودی نبود، مقرر گردیده بود که قانون حاکم قانونی است که «دادگاه داوری صالح خواهد دانست». بدین ترتیب، وظیفه دادگاه داوری این بود که مشخص کند اولاً چه مسائلی خارج از حوزه عمل قانون عربستان سعودی است، ثانیاً مسائل خارج از حدود صلاحیت قانون کشور اخیر تابع چه قانون دیگری خواهد بود.

همانطور که ملاحظه می‌شود وظیفه داوری بین‌المللی در تعیین قانون حاکم بر اختلافاتی که به او واگذار شده، هم از نظر تئوری و هم از لحاظ عملی، حائز اهمیت است و باید مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

18. Lex contractus.

۱۹. به مواد ۶ و ۷ و ۹۶۲ قانون مدنی ایران مراجعه شود.

20. Lex domicilii.

21. Dicey and Morris: The conflict of laws, p. 744, Bentwich, "Le développement récent du principe du domicile en droit anglais", Rev. des Cours de L'Acad. dr. int. 1984, 111, 377.

22. Sourser Hall.

۲۳. رأی مورخ ۲۳ اوت ۱۹۵۸ که متن فرانسوی آن در مجله زیر چاپ شده است:

Rev. crit.dr. int, privé, 1963, p. 272.

حال سؤال این است که داور بین‌المللی، در حل و فصل اختلافات ناشی از معاملات تجاری باید به کدام قانون مراجعه نماید با فرض اینکه قرارداد، به‌عنوان قانون طرفین اختلاف، هیچگونه راه حلی درخصوص مسئله مورد نزاع ارائه نمی‌دهد؟ به عبارت روشن‌تر، پرسش این است که آیا داور باید به قانون ملی یکی از طرفین دعوی مراجعه کند یا به قانون دولت متبوع خودش یا به قانون محلی که داوری در آنجا جریان دارد و یا به قانون دیگر (قانونی که از نقطه‌نظر حقوقی رابطه‌ای با قرارداد ندارد)؟ این موضوعی است که در این گفتار بطور مختصر مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. اما پیش از آنکه به اصل مطلب بپردازیم، ذکر دو نکته اساسی ضروری به نظر می‌رسد:

اول آنکه در اینجا هدف این نیست که سیستمهای مختلف تعارض قوانین کشورها را به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار دهیم. به عبارت دیگر، نمی‌خواهیم ببینیم که فرضاً به‌موجب قواعد تعارض فرانسه، داور کدام قانون را انتخاب می‌کند و به‌موجب قواعد تعارض ایران یا آلمان کدام قانون را چنین کوششی در حوصله این مقال نیست. در واقع، مقصود این است که ببینیم وقتی داوری تجاری جنبه بین‌المللی دارد – یعنی وقتی که داوری ناشی از روابط بین‌المللی تجار است –^{۲۴} داور در مقابل تعارض میان قوانین مختلفی که قابلیت اعمال بر موضوع مختلف^{۲۵} فیه دارند، کدام قانون را انتخاب و اعمال می‌نماید.

۲۴. داوری وقتی دارای جنبه بین‌المللی است که طرفین دعوی دارای تابعیت واحد نیستند، یا مراکز اصلی فعالیت یا اقامتگاه آنها در کشورهای مختلف واقع است، یا قرارداد در خارج از کشورهای متبوع طرفین یا یکی از آن کشورها اجرا می‌شود، یا داور معین شده دارای تابعیت خارجی است، یا داوری باید در خارج از کشورهای طرفین و یا خارج از کشور یکی از آنها برگزار شود، و امثال آن. در تمام این موارد داوری دارای ذات (substance) و طبیعت (nature) بین‌المللی است.

نکته دوم این است که مطلب در اینجا تنها بر سر داوری در مرحله داوری دور می‌زند و از رویه قضات در مقام کنترل آرای داوری، در مراحل اعتراض به آراء و یا در مرحله صدور اجرائیه - مگر بطور غیرمستقیم - سخنی به میان نخواهد آمد. موضوع مورد بحث همانطور که عنوان آن حکایت می‌کند، محدود است به حل تعارض قوانین توسط داوران بین‌المللی آنطور که در عمل مشاهده می‌شود و آنطور که در عمل باید باشد.

از این تذکر دوگانه که بگذریم مسائل متعددی می‌تواند در جریان داوری مبتلا به داوری بین‌المللی باشد که می‌توانیم آنها را به دو دسته مهم تقسیم نمائیم: دسته اول مسائلی را در بر می‌گیرد که به خود داوری مربوط می‌شوند، و دسته دوم مواردی هستند که به ماهیت دعوی ارتباط پیدا می‌کنند. گروه اول تابع قانون حاکم بر امر داوری هستند و در بخش اول به آنها می‌پردازیم، و دسته دوم تحت حکومت قانون حاکم بر ماهیت دعوی قرار دارند که در بخش دوم از آنها صحبت خواهیم کرد. بدیهی است در طول گفتار هرجا که مناسب باشد این نکته را نیز بررسی خواهیم کرد که داور تا چه حد اختیار خواهد داشت با صرف نظر کردن از مراجعه به سیستم تعارض قوانین، مستقیماً قواعد و عرف بین‌المللی را بر مسئله تحت رسیدگی خویش اعمال نماید.

بخش ۱ قانون داوری

امر داوری، چون هر شیوه دادرسی دیگری، دارای دو جنبه متفاوت تشریفاتی و ماهوی است که هریک تحت حکومت قانون بخصوصی می‌باشد. در این بخش ابتدا قانون حاکم بر تشریفات یا به عبارت آئین داوری را مطالعه می‌کنیم، سپس به تعیین قانون حاکم بر ماهیت داوری خواهیم پرداخت.

مبحث اول قانون حاکم بر آئین داوری

مشکل تعارض قوانین برای قاضی تنها در مورد تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی مطرح می‌شود و نه در خصوص تعیین قانون حاکم بر آئین دادرسی. جز در موارد بسیار استثنائی، قاضی هنگامی که یک دعوای بین‌المللی به او ارجاع می‌شود، قانون آئین دادرسی کشور متبوع خود را برای حل مشکل مطروحه اعمال می‌کند. این قاعده که امروزه در سراسر جهان مورد عمل قرار می‌گیرد، چون براساس اصل استقلال و حاکمیت ملی کشورها استوار می‌باشد مورد اعتراض هیچ سیستم حقوقی داخلی قرار نگرفته است.

تنها مشکل این است که آیا موضوع مورد اختلاف جنبه ماهوی دارد، که در این صورت قاضی در مقام حل آن باید به قانون ماهوی حاکم بر قرارداد مراجعه کند، و یا دارای جنبه شکلی است، که در این حالت باید قانون شکلی حاکم را که قانون خود اوست در مورد آن اجرا نماید؟ مثلاً

در پاره‌ای کشورها - مانند فرانسه - اثبات دعوی - بوسیله شهادت شهود علی‌القاعده تنها در آن دسته از دعاوی که خواسته خواهان از مبلغ معینی تجاوز نمی‌کند، امکان پذیر است،^{۲۵} در حالیکه در بعضی کشورها - از جمله ایران - اثبات ادعا بوسیله شهادت شهود بستگی به میزان خواسته ندارد و اصولاً در همه حال قابل قبول است. حال فرض کنیم قاضی ایرانی در مقابل دعوائی قرار گیرد که در آن، قانون فرانسه به‌عنوان قانون قرارداد معین شده باشد. قاضی مزبور کدامیک از قوانین ایران یا فرانسه را باید مدنظر قرار دهد تا بتواند شهادت شهود را بدون توجه به میزان خواسته به‌عنوان دلیل اثبات دعوی بپذیرد؟

هرگاه اثبات دعوی از طریق شهادت قاعده‌ای شکلی تلقی شود، قاضی ایرانی که طبق یک قاعده کلی جهانی - که بیان شد - قانون خود را بر مسائل شکلی اعمال می‌کند مکلف به در نظر گرفتن شهادت شهود به‌عنوان دلیل اثبات دعوی خواهد بود بدون اینکه به میزان خواسته توجهی داشته باشد. برعکس، اگر قاعده مزبور واجد جنبه ماهوی تلقی شود، قاضی ایرانی باید قانون کشور فرانسه یعنی قانون قرارداد را اجرا نماید. در حالت اخیر، قاضی ایرانی تنها در صورتی می‌تواند شهادت شهود را به‌عنوان دلیل مثبت دعوی بپذیرد که میزان خواسته از مبلغی که قانون فرانسه به‌عنوان حداکثر معین نموده است تجاوز ننماید.

۲۵. به‌موجب ماده ۱۳۰۶ سابق قانون مدنی ایران نیز عقود و ایقاعات و تعهداتی که موضوع آنها عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال بود تنها با شهادت شهود قابل اثبات نبود. این ماده به‌موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۲ لغو گردید. در حال حاضر، شهادت شهود در کلیه دعاوی حتی آنها که ارزش خواسته‌شان بیش از پانصد ریال است می‌تواند - علی‌الاصول - به‌عنوان دلیل مثبت دعوی، مورد قبول قرار گیرد. (درخصوص دلایل حذف ماده مورد بحث و کلاً محتوای قانون جدید، رک. به دکتر سید حسین عنایت: «بررسی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۲»، «فصلنامه حق» دفتر یکم، فروردین - خرداد ۶۴، ص ۷).

اما موقعیت داور کاملاً متفاوت است، زیرا مشکل تعارض قوانین و تعیین قانون صالح می‌تواند حتی درخصوص مسائلی را که در حوزه امور شکلی قرار دارد، مطرح شود. در واقع، این نکته مورد قبول عموم مؤلفان حقوق است که داور، برخلاف قاضی، به نام هیچ دولتی رأی صادر نمی‌کند. بعلاوه از آنجا که داور اساساً فاقد «محل دادرسی»^{۲۶} به معنی حقوقی کلمه است، و مکانی که در آن به اختلاف مطروحه رسیدگی می‌کند صرفاً از لحاظ جغرافیائی قابل امعان نظر می‌باشد، لذا «قانون محل دادرسی»^{۲۷} نیز ندارد. روی این اصل، برخلاف قاضی، داور در تعیین قانون حاکم بر تشریفات داورى الزاماً به قانون محل داورى رجوع نمی‌کند. اما اگر داور لزوماً مکلف به رعایت قانون محل داورى نیست، پس چه قانونی را باید مراعات نماید؟

درخصوص این مطلب سه نظریه متفاوت وجود دارد که هر کدام در میان حقوقدانان و دست اندرکاران داورى بین‌المللی طرفدارانی دارد. در این میان، عده‌ای طرفدار اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عمومی بر داورى‌اند، بعضی قانون محل داورى را صالح قلمداد می‌کنند و پاره‌ای نیز باتوجه به اصل استقلال اراده، طرفدار قانون قرارداد یعنی قانونی هستند که طرفین برای قرارداد اصلی انتخاب نموده‌اند.

الف. صلاحیت حقوق بین‌الملل عمومی

این نظر که در صورت عدم انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین، آئین داورى تابع مقررات حقوق بین‌الملل عمومی است، نظریه‌ای مختص داورى تجاری بین‌المللی نیست. بلکه قبلاً نیز در حقوق بین‌الملل خصوصی در مورد

26. for.

27. Lex fori.

قراردادها بطور کلی مطرح گردیده و موضوع بحث فراوان قرار گرفته است.^{۲۸}

مسئله این است که هرگاه داوری را مانده هر قرارداد دیگری از تابعیت قوانین داخلی خارج کنیم، باید آن را تحت لوای یک نظم حقوقی دیگر درآوریم، زیرا نمی‌توان داوری بین‌المللی را معلق گذاشت. این نظم حقوقی کدام است؟

بعضی از داوران تصور کرده‌اند که در چنین صورتی داوری را باید تابع حقوق طبیعی^{۲۹} دانست. این نظری است که یک داور انگلیسی به نام "Lord Asquith of Bishopstone" ضمن رأیی که در قضیه میان شرکت "Petroleum Development" و شیخ ابوظبی صادر کرده، ابراز داشته است. داور مزبور در رأی مورخ ۲۸ اوت ۱۹۵۱ خود به «اصولی که ریشه در عقل سلیم و طرز عمل مشترک کلیه ملل متمدن دارد و در واقع نوعی حقوق طبیعی مدرن به شمار می‌آید» استناد می‌کند.^{۳۰} دادگاه کانتون «وود»^{۳۱} در سوئیس نیز در صدور رأی مورخ ۲۴ نوامبر ۱۹۴۸ همین نظر را اتخاذ کرده است.^{۳۲} داور سوئیسی در رأی خود چنین اعلام می‌کند که: «از نظر قانون فرقی نمی‌کند که استدلال حقوقی داور براساس حقوق ملی یک کشور باشد و یا براساس حقوق محض».^{۳۳} این نظریه چندان طرفداری ندارد و مورد مخالفت شدید بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است که آن را خالی

28. Batiffol: Aspects philosophiques du droit international privé, 1956, p. 96 et s.

29. droit naturel.

۳۰. رأی مورد بحث در مجله زیر چاپ شده است:

Int. Comp. Law quarterly, 1959, p. 247.

31. Vaud.

۳۲. متن رأی را در نشریه زیر می‌توان یافت:

Journal des Tribunaux suisses, 1949, III, p.112.

33. Droit pur.

از محتوای مطمئن دانسته، بنا کردن داوری را برپایه آن دور از احتیاط می‌دانند.^{۳۴}

عده‌ای دیگر از علمای حقوق معتقدند که داوری تجاری بین‌المللی را می‌توان از حاکمیت قوانین داخلی کشورها خارج نمود و آن را مستقیماً تحت لوای حقوق بین‌الملل عمومی قرار داد. این نظری است که توسط پروفیسور سوسرهایل داوری سوئیسی در پرونده «آرامکو» ابراز گردیده که قبلاً اشاره‌ای کوچکی به آن نمودیم. داور مزبور برای آنکه حقوق بین‌الملل عمومی را بر داوری حاکم قلمداد کند، به استدلالی نسبتاً عجیب متوسل می‌شود:

«[این] داوری بنا به طبیعتش فقط می‌تواند تحت لوای حقوق بین‌الملل عمومی قرار گیرد، زیرا طرفین چنین اراده کرده‌اند که داوری تابع قانون عربستان سعودی نباشد. از طرفین هیچ دلیلی بر اجرای حقوق امریکائی طرف دیگر دعوی وجود ندارد، زیرا نه تنها محل داوری در ایالات متحده نیست بلکه اصل تساوی کامل طرفین در مقابل داوران باید مراعات گردد».

بدین ترتیب داور با حذف حقوق داخلی دو کشور عربستان سعودی و امریکا مستقیماً حقوق بین‌الملل عمومی و نه حقوق داخلی کشوری دیگر را حاکم بر داوری مطروحه معرفی می‌کند. در واقع، دادگاه داوری علاوه بر حقوق عربستان سعودی و ایالات متحده امریکا به این سؤال که آیا حقوق کشور سوئیس – یعنی محل داوری – صالح است یا خیر، پاسخ منفی می‌دهد. استدلال دادگاه داوری براین پایه قرار داشت:

34. Cf. Fragistas: "Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé", Rev. crit. dr.pr. 1960, p.1 et s.

«عربستان سعودی که یک کشور دارای حاکمیت است، با قبول داوری در سوئیس به هیچ وجه از مصونیت قضائی خویش دست برد نداشته و این مصونیت مانع از آن است که بتوان حقوق کشور سوئیس را حاکم بر داوری دانست؛ مهم نیست که یکی از طرفین یک دولت و طرف دیگر یک شرکت خصوصی باشد. درخصوص موضوع، حقوق بین الملل عمومی قابل اعمال خواهد بود».

با وجود انتقادات شدید پاره‌ای حقوقدانان از این رأی^{۳۵} و اعتقاد آنان به اینکه چنین حکمی نمی‌تواند سابقه‌ای جدی برای داوری میان دولتها و اشخاص خصوصی بوجود آورد،^{۳۶} نظریه منعکس در رأی فوق بعداً به نحو چشمگیری در پرونده میان شرکتهای “Texaco – Calasitatic” و دولت لیبی مورد تأیید قرار گرفت.^{۳۷} در پرونده اخیر به لحاظ آنکه طرفین نخواستند یا نتوانسته بودند قانون حاکم بر داوری را معین کنند، این داور رسیدگی کننده بود که می‌بایست قانون حاکم بر داوری را معین کند، این داور رسیدگی کننده بود که می‌بایست قانون مزبور را بیابد. از طرفی ماده ۲۸ قرارداد فیما بین مقرر کرده بود که داور (واحد)، محل داوری را نیز خود معین خواهد نمود.

35. Batiffol: “Le droit international privé et la sentence Aramco”, Rev. crit. 1964, p. 649; Lalive: “Aspects procéduraux de l’arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger dans la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des Différents relatifs aux Investissements entre Etats et Ressorissants Etats”, In: d’autres Investissements étrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes privées, 1969, 125-126.

36. Cf. Bastid: “Le droit international public dans la sentence Aramco”, Ann, Fr. Dr. Int. 1961, p. 300 et s.

37. Lalive: “un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères”, Glunet 1977, 324.

داور رسیدگی کننده ابتدا این نظر را که داوری باید تابع یک قانون ملی و ترجیحاً قانون کشور محل داوری باشد، مردود اعلام می کند؛ سپس با استناد آشکار به رویه اتخاذ شده در رأی «آرامکو» و به همان دلایل منعکس در رأی اخیر، چنین استدلال می کند که وقتی یکی از طرفین داوری، یک دولت دارای استقلال و حاکمیت است، اصل مصونیت قضایی مانع از آن خواهد شد که مقامات قضائی محل داوری بتوانند در آئین داوری دخالت کرده، بویژه این نکته را کنترل کنند که آیا داور قانون حاکم بر داوری را اجرا نموده است یا خیر؟ ضمناً قرارداد داوری پیش‌بینی کرده بود که تعیین داور واحد در صلاحیت رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری است. داور رسیدگی کننده از این قید چنین نتیجه می گیرد که قصد آشکار طرفین بر این بوده است که داوری مطابق حقوق بین‌الملل عمومی صورت پذیرد.

نظریه ابراز شده در آرائی که مطالعه کردیم که برپایه محکمی استوار نمی باشد: اولاً معلوم نیست چگونه مقررات حقوق بین‌الملل عمومی که عمدتاً اختصاص به اختلافات میان دولتها در رابطه با اعمال حاکمیت آنان دارد، می تواند بر اشخاص خصوصی - از جمله شرکتهای خارجی - حکومت کند؛ ثانیاً بر فرض بتوان پذیرفت - چنانکه پاره‌ای علمای حقوق پذیرفته اند - که طرفین یک قرارداد خصوصی می توانند قرارداد خود را تحت لوای حقوق بین‌الملل عمومی قرار دهند - چیزی که بنابر اصل جهانی حاکمیت اراده نمی توان از طرفین دریغ نمود - معلوم نیست حقوق بین‌الملل عمومی، لااقل در شرایط فعلی، چه قواعد شکلی برای آئین داوری تجاری بین‌المللی دارد. مثلاً برای بررسی اعتبار شرط داوری و یا تکمیل و رفع نواقص آن، که گاه غیرقابل اجتناب است، چه قواعدی در حقوق بین‌الملل عمومی می توان پیدا کرد که پاسخگوی حل این مشکلات باشد؟ برای

پاسخ به این اعتراض کافی نیست - همچون پاره‌ای مؤلفان حقوق^{۳۸} - خواننده را تنها به «اصول کلی حقوق و بویژه اصول کلی آئین دادرسی و داوری» احاله دهیم؛ چراکه اغلب این اصول داخل در حوزه حقوق فطری می‌باشند و حقوق فطری نیز همانطور که گفتیم پایه و اساس مطمئنی برای داوری تجاری بین‌المللی نمی‌تواند داشته باشد. این استدلال نیز که مصونیت قضائی دولت - در قراردادهائی که یک طرف آن یک دولت و یک سازمان دولتی است - مانع از آن اس که داوری را تابع حقوق داخلی یک کشور بخصوص محسوب نمائیم، قانع کننده نیست.

در حقیقت، امروزه تقریباً در تمام کشورها رویه قضائی بر این عقیده استوار است که وقتی دولتی به قبول داوری به عنوان تنها وسیله حل و فصل اختلافات خود با طرف قرارداد تن می‌دهد، بطور ضمنی از استفاده از مصونیت قضائی خود صرف نظر می‌نماید، بویژه در قراردادهائی که موضوع آنها بر محور فعالیت‌های تجاری دور می‌زند.^{۳۹} به همین جهت اجرای احتمالی قانون محل داوری بر تشریفات داوری به هیچ وجه نمی‌تواند ارتباطی به مصونیت قضائی دولت طرف قرارداد داشته باشد.^{۴۰}

ب - صلاحیت قانون محل داوری

به لحاظ اهمیت تعیین قانون حاکم بر آئین داوری، پاره‌ای از قوانین داخلی مواد خاصی را به این شکل اختصاص داده‌اند.

38. Cf. Fragistas: op. cit., p. 16.

۳۹. برای مطالعه مسئله مصونیت قضائی در حقوق تطبیقی رک. به:

Leboulanger. op. cit., no 469 et s.

۴۰. به نظر پروفیسور لالیو (op. et., loc, cit.)، داور قضیه «آرامکو» از اجرای قانون محل داوری (ژنو) به این منظور خودداری کرده است که رأی مؤثر و قاطعی صادر نموده باشد. اعمال قانون سوئیس بر تشریفات داوری ممکن بود اجرای رأی را به خطر اندازد، زیرا در این صورت یکی از طرفین می‌توانست با اعتراض نسبت به رأی مزبور در محاکم قضائی سوئیس تقاضای بطلان آن را بنماید.

اینگونه قوانین، قانون حاکم بر تشریفات داوری را یا قانون کشوری می‌دانند که داوری در آن جریان دارد، و یا قانون کشوری که رأی داوری در آن صادر می‌شود. از آن جمله است دو قانون مورخ ۱۳ ژوئن ۱۹۲۹ سوئد که یکی راجع به تشریفات داوری در مورد داوری داخلی و دیگری مربوط به شناسائی آرای داوری خارجی می‌باشد. به موجب این قوانین هرگاه داوری در سوئد برگزار شود، جنبه داخلی دارد، و هرگاه خارج از این کشور واقع گردد، خارجی است.^{۴۱} ماده ۳۷ قانون داوری بریتانیا مورخ ۱۹۵۵^{۴۲} نیز شناسائی پاره‌ای از آرای خارجی را موقوف به این می‌داند که آرای مزبور از نظر قانون محل صدور رأی قطعی شناخته شده باشند. اینچنین قوانینی البته نه تنها در کشوری که لازم‌الاجرا هستند باید مورد عمل قرار گیرند، بلکه لازم است تا حدودی در کشورهای دیگر نیز مدنظر باشند.^{۴۳}

علاوه بر قوانین داخلی، بعضی ابزارهای حقوقی بین‌المللی نظیر پروتکل ژنو مورخ ۱۹۲۳ - لااقل به طور فرعی^{۴۴} - و نیز قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل متخذه در آمستردام در سال ۱۹۵۷ قانون محل داوری را صالح و حاکم بر آئین داوری اعلام نموده‌اند.

۴۱. در انتقاد از این شیوه تقسیم‌بندی آرای داوری به داخلی و خارجی رک. ب:

Klein. *Considérations sur L'arbitrage en droit international privé*. Basel M Suisse 1955, p. 1261.

42. British Arbitration Act of 1955.

۴۳. به عنوان مثال، اگر کشور «الف» تنها آرائی را داخلی بداند که در قلمرو سیاسی این کشور صادر می‌شوند، قاضی کشور دیگر نمی‌تواند رأی را که خارج از کشور «الف» صادر شده متعلق به این کشور بداند و یا رأی را که در کشور مزبور صادر شده است تابع قانون کشور دیگری قلمداد نماید. مهم نیست که اراده طرفین بر حکومت قانون دیگری جز قانون «الف» استوار باشد و یا قاضی رسیدگی کننده معتقد به اصل استقلال اراده و آزادی طرفین دعوی در انتخاب قانون حاکم بر داوری، بدون در نظر گرفتن محل داوری، باشد یا خیر، قانون کشور «الف» تنها آرائی را داخلی می‌داند که در سرزمین این کشور صادر گردیده‌اند. داوری که رأیش به نحوی با قانون این کشور ارتباط مؤثر پیدا می‌کند ناچار است رعایت مقررات قانون مزبور را بنماید، و الا رأی مؤثر صادر نکرده است.

۴۴. درخصوص پروتکل ۱۹۲۳ ژنو بعداً بیشتر صحبت خواهیم کرد.

پاره‌ای از آرای داوری مهم نیز براساس همین نظریه صادر گردیده‌اند از آن جمله است رأی صادره در اختلاف میان شرکت BP “Exploration و دولت جمهوری لیبی”^{۴۵} داور پرونده آقای لاگرگن،^{۴۶} صلاحیت قانون محل داوری را اینطور توجیه می‌کند:

«کشورهای مختلف، برحسب مورد، حق کنترلی را برای خود بر آرای داوری قائل‌اند. دراین پرونده طرفین حین انعقاد قرارداد داوری قصد این داشته‌اند که داور رأیی صادر کند که در مرحله کنترول توسط قضات مؤثر باشد و مواجه با اشکال نشود. ضرورت صدور آرای مؤثر ایجاب می‌کند که داور از صدور رأی «فاقد تابعیت»^{۴۷} و صرفاً مبتنی بر حقوق بین‌الملل عمومی خودداری ورزد و قانون محلی برای آئین 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.

آقای کاو^{۴۸} داور پرونده شرکت «سافیر» به طرفیت شرکت ملی نفت ایران^{۴۹} و آقای ویتون^{۵۰} داور پرونده «آلسینگ»^{۵۱} نیز همین اعتقاد را

۴۵. متن این رأی که در دهم اکتبر ۱۹۷۳ در کپنهاگ صادر گردیده در مجله زیر چاپ شده است: Revue de l'arbitrage 1980, 117 et s.

46. Lagergen.

47. Anationale.

48. Cavin.

۴۹. درخصوص پرونده سافیر (Sapphire) رک. به:

Lalive: “Un récent arbitrage Suisse un organisme d'Etat et une société privée étrangère”.

50. Python.

۵۱. درخصوص این پرونده رک. به:

Schwebel: The “Alsing Case”, Int. Comp. law quate. 1959, p. 320.

ابراز داشته اند. آقای کاون در عقیده خود تا آنجا پیش می‌رود که می‌گوید حتی اگر طرفین محل داور را انتخاب نکرده باشند باز هم آئین داورى تابع قانون محلی است که داورى در آنجا برگزار می‌شود.^{۵۲}

اما اجرای این نظریه در عمل چندان هم میسر نیست. اولاً هرگاه محل داورى صراحتاً معین نشده باشد، تعیین محل داورى و اجرای قانون آن بر داورى همیشه ممکن نخواهد بود؛ ثانیاً ممکن است قرارداد مقرر کرده باشد که داورى در محل‌های متعدد صورت گیرد، بنابراین کدامیک از محل‌هایی که داورى در آن جریان خواهد یافت محل داورى محسوب می‌شود تا بتوان قانون آن را حاکم بر تشریفات داورى قلمداد نمود؟ بعلاوه در پاره‌ای موارد، داورى از طریق مکاتبه میان داوران و طرفین انجام می‌پذیرد؛ به عبارت دیگر، داورى اصلاً فاقد محل برگزاری است. گاهی نیز انتخاب محل داورى بوسیله طرفین کاملاً تصادفی است و یا صرفاً برای سهولت در رفت و آمد و تماس طرفین و داوران صورت می‌گیرد و هیچ ارتباط حقوقی با موضوع داورى ندارد، مثل موردی که در اختلاف میان یک شرکت ایرانی و یک شرکت چینی، داورى در استکهلم انجام می‌گیرد که از هیچ حیث ارتباط موضوعی با قرارداد طرفین ندارد. در این فرض، معلوم نیست چه چیزی می‌تواند ما را متقاعد کند که انتخاب استکهلم به‌عنوان محل داورى الزماً اجرای قوانین شکلی سوئد را ایجاب می‌نماید. از این ایرادات گذشته، عیب اساسی نظر اخیر این است که داورى بین‌المللی را

۵۲. استدلال داور این است که «در این پرونده، طرفین توافق کرده‌اند که هرگاه برای تعیین محل داورى میان آنان توافق حاصل نشود، داور در انتخاب محل داورى آزاد خواهد بود. بدین ترتیب طرفین با قبول قبلی محلی که داور به نمایندگی از طرف آنان انتخاب خواهد کرد، پذیرفته‌اند که به مقررات قانون داورى که از انتخاب این داور ناشی می‌شود گردن نهند. حتی اگر این تفسیر اراده طرفین قابل قبول نباشد، قاعده این است که در صورت عدم توافق طرفین، داورى تحت حاکمیت قضائی کشوری خواهد بود که تشریفات داورى در آنجا جریان دارد».

ردیف دادرسی به معنی داخلی و دولتی آن قرار می‌دهد، و حال آنکه داوری قبل از هرچیز اراده طرفین و منشأ آن قرارداد فیما بین آنها است. این است که اجرای قانون محل داوری مجاز نیست مگر پس از مراجعه به اراده طرفین، در واقع، همانطور که یکی از علمای حقوق گفته است:

«دادگاههای داوری دادگاههای شبه دولتی نیستند. صلاحیت این دادگاهها براساس توافق میان طرفین استوار است. «قانون محل دادرسی»^{۵۳} در مورد آنها چیزی جز قرارداد طرفین نیست. محل داوری نباید برای تعیین قانون حاکم بر داوری نقشی بازی کند مگر به صورت فرعی و آن هم مشروط بر اینکه مراجعه به این قانون عاقلانه‌ترین راه حل مشکل موجود میان طرفین باشد».^{۵۴}

واقع بینانه‌ترین نظریه این است که مسئله انتخاب قانون حاکم بر داوری به اراده طرفین واگذار شود. طرفین باید بتوانند قانون مورد نظر خود را برای اینکه تشریفات داوری بر وفق آن جریان یابد، مشخص نمایند. اما هرگاه طرفین قانون حاکم بر داوری را معرفی نکرده باشند چه قانونی بر تشریفات حاکم خواهد بود؟

ج. صلاحیت قانون قرارداد

پاره‌ای از مؤلفان حقوق معتقدند که قانون حاکم بر تشریفات داوری قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند. توضیح این نظر این است که اولاً طرفین حق دارند به میل خود قانون حاکم بر آئین داوری را تعیین نمایند،

53. Lex fori.

54. David: L'arbitrage commercial international en droit comparé, cours de Doctorat, 1968 – 1969, Les Cours de droit, p. 474.

قانونی که می‌تواند غیر از قانون محل داوری باشد؛ ثانیاً داوران نمی‌توانند جز قانون منتخب طرفین را بر داوری اعمال نمایند؛ در غیر این صورت، برخلاف اراده صریح آنها گام برداشته و از اختیار اعطا شده به آنان خارج شده‌اند.^{۵۵} چه، با انتخاب قانون بخصوصی به‌عنوان قانون حاکم بر داوری، طرفین خواسته‌اند رأی داوری تابع قانون مزبور باشد؛ مهم نیست که محل صدور رأی کجا است و یا اصلاً قانون انتخاب شده، یک قانون بین‌المللی است یا خیر.

پروتکل ژنو مورخ ۲۴ سپتامبر ۱۹۲۳ راجع به شرط داوری (بند ۱ ماده ۲)،^{۵۶} کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ برای شناسائی و اجرای آرای داوری خارجی (بند ۱ «الف» از ماده ۵)،^{۵۷} کنوانسیون اروپائی مورخ ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ راجع به داوری تجاری بین‌المللی (ماده ۹ راجع به موارد بطلان رأی داوری)^{۵۸} و بالاخره کنوانسیون مورخ ۱۸ مه ۱۹۶۵ راجع به حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولتها و تابعان دولتهای دیگر

55. Mezger: "The arbitrator and private international law" in International Trade Arbitration (Recueil d'Articles sous la direction de Domke, 1958), p. 229 et s.

۵۶. پروتکل ۱۹۲۳ ژنو دارای موضوع محدودی است. هدف از تهیه و تدوین آن این بوده که اعتبار شروط داوری را از قراردادهای تجاری بین‌المللی به دولتها بقبولاند. نحوه دخالت دادگاههای قضائی داخلی در تشریفات داوری و نحوه اجرای رأی داوری، انحصاراً در صلاحیت دادگاهی است که مورد مراجعه قرار می‌گیرد. از زمان تصویب، پروتکل ۱۹۲۳ موفقیت فراوانی به دست آورده و بسیاری از کشورهای اروپائی، آسیائی و امریکائی به آن پیوسته‌اند. ایران به این پروتکل ملحق نشده است.

۵۷. درخصوص این کنوانسیون رک. به:

Van Den Berg: The New York Arbitration Convention of 1958; Asser / Kluver: La Haye/Deventer, 1981.

۵۸. درخصوص این کنوانسیون رک. به تفسیرهای زیر:

Benjamin: Yearbook of International Law, 1961, P. 478-495; Klein: Rev. crit. dr. int. Privé, 1962, p.663.

تدوین شده در «بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه»^{۵۹} (B.I.R.D) همگی به این نظر که قانون حاکم بر تشریفات داوری، قانون انتخابی طرفین است مهر تأیید گذارده‌اند.

این نظریه در بین داوران بین‌المللی نیز طرفداران زیادی دارد و می‌توان گفت که در عمل بیشترین آرای داوری را به خود اختصاص داده است، تا آنجا که می‌توان تأیید کرد که در حال حاضر «در مورد آئین و قواعد شکلی داوری جنبش نیرومندی در جهت غیرمحملی کردن»^{۶۰} مقررات حاکم بر داوری ابراز وجود می‌کند تا قواعد مزبور را از حیطة اقتدار حقوق‌های داخلی برهاند».^{۶۱} از جمله آرائی که در آنها این نظر اعمال شده رأی شماره ۲۵۲۱ دادگاه داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی صادره از ژنو است. در این رأی داور رسیدگی کننده با وجود آنکه محل داوری در ژنو واقع بود، براساس اراده طرفین دعوی – یک سازمان دولتی افریقائی و یک شرکت ساختمانی فرانسوی – قانون داوری کشور افریقائی طرف معامله را به مرحله اجرا درآورد.^{۶۲} داور دیگری به نام "Mahmassani" ضمن رأی مورخ ۱۲ آوریل ۱۹۷۷ خود در پرونده میان شرکت «لیامکو»^{۶۳}

۵۹. این کنوانسیون که به کنوانسیون واشنگتن نیز معروف است همراه با توضیح در «مجله حقوقی» شماره ۶، بخش اسناد بین‌المللی، صفحه ۲۶۱ به بعد به چاپ رسیده است. نیز در مورد کنوانسیون مزبور رک. به:

Broches: "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between Sates and nationals of other States", Rec des Cours, Acad. dr. int. La Haye. 1972, II, p, 331

60. Délocalisation.

61. Eisemann: "La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre Etats ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé", Rev. arb. 1975, 288-289; add Paulson: "Arbitration Unbound: Award Detached for form The Law of its Country of Origin", Int, Comp. L.q, 1981, 385.

62. CCI, sentence no 2521: Derains. Clubnet, 1976, 937.

63. Liamco: Libyan – American Oil Company.

و دولت لیبی، اصل استقلال اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر آئین داوری را مورد تأکید قرار داده است.^{۶۴}

از آنجا که این نظریه با طبیعت قراردادی داوری بین‌المللی انطباق دارد، باید مورد تأیید قرار گیرد. اما هرگاه اراده‌شان را – چه بطور آشکار و چه به صورت ضمنی – بر تعیین قانون حاکم بر تشریفات داوری اعلام نکرده باشند، کدام قانون را باید بر داوری اعمال نمود؟

کنوانسیون‌هایی که در بالا از آنها یاد کردیم همگی در چنین فرضی قانون محل داوری را حاکم بر تشریفات داوری معرفی کرده‌اند.^{۶۵} جز در مورد کنوانسیون واشنگتن که اشاره‌ای به قانون محل داوری یا قانون دیگری جز قانون انتخاب شده طرفین نمی‌کند.^{۶۶} علاوه بر این، مؤلفان بسیاری نیز از این عقیده استقبال کرده‌اند.^{۶۷}

۶۴. برای مطالعه رأی داوری مزبور که در ژنو صادر شده رک. به نشریات زیر:

Rev. arb. 1980 p. 132 Int. Law materials, 1981, 1-87.

۶۵. پروتکل ژنو مورخ ۲۴ سپتامبر ۱۹۲۳، در بند ۱ از ماده ۲ خود چنین مقرر می‌دارد: «تشریفات داوری، منجمله تشکیل دادگاه داوری، تابع اراده طرفین و قانون کشوری است که داوری در آنجا جریان دارد».

این ماده در سالهای نخست تصویب پروتکل، موجب اختلاف نظر در میان علمای حقوق شده بود. عده‌ای عقیده داشتند که داور در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری باید به موجب ماده مورد بحث، هم اراده طرفین و هم قانون محل داوری را در نظر بگیرد. برعکس، عده‌ای دیگر معتقد به رجحان اراده طرفین بر مقررات قانون محل داوری بودند. اکثریت مؤلفان و داوران این عقیده دوم را دنبال می‌کردند و دخالت قانون محل داوری را جز در موردی که طرفین اراده‌شان را ابراز نموده‌اند، غیرقابل قبول می‌دانستند، آرای متعددی نیز در این باب صادر گردیده است. برای مطالعه این آراء رک. به:

Fouchard: L'arbitrage commercial international, Paris, 1965, no. 511, note 2.

۶۶. کنوانسیون واشنگتن مقرر می‌دارد که مقررات آن فقط در صورتی قابل اعمال خواهد بود که طرفین اراده‌شان را درخصوص قانون حاکم بر آئین دادرسی صراحتاً ابراز نکرده باشند. به عبارت دیگر، هرگاه طرفین صراحتاً اجرای کنوانسیون را بر قرارداد خویش نپذیرفته باشند، مطابق اراده آنان عمل خواهد شد. به عقیده Broche (op. cit., p. 334)، انتخاب محل داوری الزاماً به معنی تعیین قانون حاکم بر آئین داوری و نتیجتاً رد اجرای کنوانسیون نیست.

67. Panchaud: "Le siège de l'arbitrage international de droit privé Rev. arb. 1966, 9; Fragistas: op. et. loc. cit.; Klein: "Autonomie de la volonté et arbitrage", Rev. crit. 1958, 276.; Mezger: "La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de

پاره‌ای از آرای داوری نیز همین نظر را منعکس نموده‌اند. علاوه بر رأی صادره در اختلاف میان «لیامکو» و دولت لیبی - که قبلاً به آن اشاره کردیم - رأی مورخ ۳ نوامبر ۱۹۷۷ صادره توسط داوران منتخب در چارچوب مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی بطور صریح این عقیده را تأیید نموده است.^{۶۸}

در پرونده اخیر محل داوری پاریس معین شده است، 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. باتوجه به اینکه داوری در پاریس برگزار می‌شود این قواعد آئین داوری فرانسه که باید برای حل تمام نکات پیش‌بینی نشده در قرارداد اصلی و قرارداد داوری مورد استفاده و استناد قرار گیرد».

پاره‌ای از علمای حقوق پا را از این نیز فراتر گذاشته و معتقد به آزادی داور - و نه فقط طرفین - در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری هستند. این آزادی به داور اجازه خواهد داد حتی قوانین داخلی را رها کند و تشریفات داوری را مطابق مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی یا مطابق اصول کلی حقوق^{۶۹} و یا حقوق بازرگانی فراملی به انجام رساند. پروفیسور داوید استاد فرانسوی اتخاذ این نظر را موجب حل بسیاری از

l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage commercial international de droit privé", Mel Maury, 1960, t. 1, 273.

68. Cf. Revue arb. 1980, p. 560.

69. درخصوص مفهوم اصول کلی حقوق و اهمیت آن در داوری تجاری بین‌المللی رک. به دکتر ربیعا اسکینی: «منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی»، «مجله حقوقی»، شماره ۷، ص ۶ به بعد.

مشکلات ناشی از مراجعه الزامی به یک سیستم حقوقی داخلی می‌داند. این مؤلف می‌گوید:

«اگر این نکته را بپذیریم که در داوریه‌های بین‌المللی، آئین داوریه تابع قرارداد طرفین است و در صورت عدم صراحت قرارداد، تشریفات به نحوی برگزار می‌شود که داور صلاح می‌داند، خود را از قید بسیاری از دشواری‌ها خلاص خواهیم کرد».^{۷۰}

واقعیت این است که جمع کثیری از حقوقدانان بر این عقیده پای‌بند نیستند، ولی در عمل عده‌ای از داوران آرای خود برپایه آن استوار نموده‌اند. از آن جمله است رأی صادره از ناحیه آقای کاون در پرونده شرکت کانادائی «سافیر» علیه شرکت ملی نفت ایران که قبلاً به آن اشاره کردیم. داور در رأی خود چنین ابراز عقیده می‌کند:

«باتوجه به اینکه قرارداد داوریه فاقد هرگونه قیدی درخصوص قانون حاکم بر تشریفات داوریه است. این خود داور است که باید در مورد قانون حاکم بر داوریه اظهارنظر کند و الزاماً مکلف به رعایت قانون آئین داوریه محل داوریه نیست».

بدین ترتیب، داور یاد شده به جای قانون محل داوریه – یعنی قانون کانتون «دوود» – قانون داوریه دولت فدرال سوئیس را به مرحله اجرا درمی‌آورد. بی‌تردید این نظر که داور باید در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوریه آزاد گذاشته شود، می‌بایست مورد تأیید قرار گیرد؛ ولی از این آزادی نباید اینگونه مستفاد شود که داور قادر است در صورت عدم صراحت قرارداد طرفین در این خصوص، خودسرانه هر قانونی را انتخاب

70. David: L'arbitrage dans le commerce international, Paris, 1962, p. 427.

نماید بدون اینکه ملاکهای احتمالاً موجود در قرارداد مزبور را در نظر گرفته باشد. مسلماً رأیی که داوری طی آن قانونی را بر آئین داوری اعمال کرده است که خود میل دارد، در هیچ کشوری مورد قبول نخواهد بود. داور مکلف است تصمیم خود را مستدلاً،^{۷۱} باتوجه به ملاکهای موجود در قرارداد و بویژه باتوجه به اشاره قرارداد به کشوری که داوری در آن جریان خواهد یافت یا اشاره آن به صلاحیت یک مؤسسه داوری – مانند انجمن داوری امریکا – ملاکهای دیگر چون زبان قرارداد، پول قرارداد، محل اجرای قرارداد و غیره اتخاذ نماید. بعلاوه داور نمی‌تواند مقررات آمرانه کشوری را که داوری در آن جریان دارد نادیده بگیرد، حتی زمانی که تشریفات داوری را به موجب اراده طرفین برطبق قانون کشوری غیر از کشور محل داوری برگزار می‌کند و بالاخره توجه داور باید به این نکته اساسی معطوف باشد که تنها در صورتی می‌تواند رأی معتبر و مؤثری صادر کند که مقررات دارای جنبه نظم عمومی کشوری را که رأی در آنجا اجرا خواهد شد، مراعات نماید، و الا قاضی کشوری که اجرای رأی داوری از او تقاضا می‌شود محق خواهد بود به لحاظ مخالفت رأی مزبور با نظم عمومی از اجرای آن خودداری کند.

این نکته‌ای است که اکثر مؤلفان به آن اذعان دارند: در داوری‌های بین‌المللی، قانون داوری^{۷۲} باید قانونی باشد که طرفین انتخاب کرده‌اند. در صورت عدم صراحت قرارداد، داور می‌تواند قانونی را انتخاب کند که جهت حل مشکل موجود به نظر او عادلانه و مناسب است منظور از قانون مناسب قانونی است که مخالف نظم عمومی کشور محل داوری و بویژه نظم

۷۱. این عقیده که رأی داور باید مستدل باشد، لااقل در مورد داوری که براساس حقوق اظهارنظر می‌کند، غیرقابل تردید است. برعکس، در مورد داوری براساس انصاف، عقیده رایج بر این است که داور الزامی به صدور رأی مستدل ندارد، هرچند در عمل صدور رأی داوری بدون استدلال امکان‌پذیر نیست.

72. lex arbitri.

عمومی کشوری که رأی در آنجا اجرا خواهد شد، نباشد؛ مهم نیست که در این مورد داور یک قانون ملی را اعمال نماید یا یک قانون و قاعده فراملی، مانند موردی که داور برای حل یک مسئله «شکلی»، به «اصول کلی حقوق شکلی» رجوع می‌کند.^{۷۳}

مبحث دوم

قانون حاکم بر ماهیت داوری

در هریک از سیستم‌های حقوقی داخلی مقرراتی بیش و کم منظم راجع به داوری موجود است که به صورت مستقل و یا به صورت جزئی از یک مجموعه قانون تدوین گردیده است. مثلاً در ایران و فرانسه مواد مربوط به داوری، بخشی از قانون آئین دادرسی مدنی را تشکیل می‌دهند، در حالی که در انگلستان و سوئیس قانون بخصوصی برای داوری اختصاص داده شده است.^{۷۴}

این قوانین که جنبه‌های مختلف قرارداد داوری را تنظیم می‌کنند، در همه زمینه‌ها یکسان نیستند و در مقابل سؤالاتی که نزد داور بین‌المللی

^{۷۳}. در قضیه «لیامکو» که قبلاً به آن اشاره شد، داور رسیدگی‌کننده تصمیم خود را براساس «اصول کلی حقوق منعکس در کنوانسیون واشنگتن» استوار نموده است

“... l'arbitre. dans la procédure qu'il suivra devra etre, dans la mesure du possible, par “les principes généraux” contenus dans le projet de Convention sur la procedure arbitrale, élaboré par la Commission du droit international des Nations – Unies en 1958”.

^{۷۴}. در ایران مقررات مربوط به داوری در مواد ۶۳۲ تا ۶۸۰ قانون آئین دادرسی مدنی و در فرانسه تا قبل از تصویب قانون ۱۲ مه ۱۹۸۱ در مواد ۱۰۰۳ تا ۱۰۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی و در حال حاضر در مواد ۱۴۲۲ به بعد قانون اخیر منعکس است؛ در آلمان مواد ۱۰۲۵ تا ۱۰۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی به این تأسیس حقوقی اختصاص یافته است؛ در انگلستان قانون پایه قانون داوری سال ۱۹۵۵ است که در سال ۱۹۷۹ اصلاح گردیده است؛ در سوئیس داوری تحت لوای قانون موسوم به “concordat international” است که در سال ۱۹۶۹ تصویب شده ولی مورد پیروی همه کانونهای این کشور نیست، مثلاً در زوریخ داوری تابع مقررات قانون آئین دادرسی کانتون اخیر است.

مطرح می‌شود پاسخهای متفاوتی ارائه می‌دهند. به همین دلیل لازم است در هر مورد معلوم شود هریک از جنبه‌های داوری بین‌المللی تحت حکومت چه قانونی قرار دارد.

اما مهمترین مسئله‌ای که در رابطه با ماهیت داوری مطرح می‌شود مسئله اعتبار و نفوذ خود قرارداد ضروری است که باید مانند هر قرارداد دیگری شرایط اساسی صحت معاملات را داشته باشد. این شرط که قانون مدنی ایران آنها را در ماده ۱۹۰ خود آورده است، عبارتند از: قصد طرفین و رضای آنها، اهلیت طرفین، موضوع معینی که مورد معامله باشد و مشروعیت جهت معامله. به شرایط مزبور می‌توان - بنابر مستفاد از مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانونی مدنی - عدم مخالفت قرارداد با نظم عمومی را نیز اضافه نمود. در میان شرایط یاد شده آنچه در رابطه با داوری مهم است و مؤلفان، قضات و داوران درخصوص آن به بحث و جدل پرداخته‌اند، اهلیت طرفین در مراجعه به داوری و قابل داوری بودن^{۷۵} اختلافی است که به داور ارجاع شده یا خواهد شد. قصد و رضای طرفین و مشروعیت جهت معامله و نیز مخالفت و عدم مخالفت شرط داوری با نظم عمومی، طبق یک اصل کلی مورد توافق سیستم‌های داخلی تعارض قوانین، تابع قانون قرارداد، و بطور دقیق‌تر، قانون حاکم بر قرارداد داوری است. به همین خاطر ما نیز در این مبحث تنها اعتبار شرط داوری از جهت اهلیت طرفین و قابلیت ارجاع اختلاف فیما بین آنان به داوری را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف. اهلیت طرفین داوری

منظور از اهلیت طرفین در واقع حق هریک از آنان دایر بر ارجاع اختلاف به داوری است. مسئله به طور دقیق‌تر این است که آیا طرفین حق

75. Arbitrabilité.

دارند به موجب قرارداد، اختلاف خود - را خواه قبل و خواه بعد از بروز آن - به داوری یک یا چند شخص خصوصی واگذار نمایند؟ این سوال در واقع بیشتر در رابطه با قراردادهای داوری که یک طرف آنها یک دولت و یا یک شخص حقوقی دولتی (سازمان، شرکت، مؤسسه و امثال آن) می باشد، مطرح شده است. در پاره‌ای از کشورها به موجب قانون، دولت یا اشخاص دولتی برای حل اختلافات خود با اشخاص دیگر حق مراجعه به داوری را ندارند. نمونه بارز از این دست، کشورهای امریکای لاتین است که در آنها نظریه «کالوو» مورد عمل می باشد. به موجب این نظر، هر نوع شرکت خارجی که در این کشورها مشغول فعالیت می شود، با این عمل خود بطور ضمنی و رسمی از حمایت دیپلماتیکی که ممکن است از آن برخوردار باشد، عدول کرده، صلاحیت انحصاری دادگاهها و حقوق داخلی کشورهای مزبور را می پذیرد.^{۷۶} برعکس، پاره‌ای کشورها بر قبول اهلیت دولت و مؤسسات دولتی وابسته به آن برای انعقاد قرارداد داوری مهر تأیید گذاشته‌اند. در میان این کشورها می توان از اغلب کشورهای عربی^{۷۷} و اروپای شرقی^{۷۸} نام برد که قسمت مهمی از قراردادهای بین المللی در چارچوب روابط آنها با کشورهای دیگر انجام می گیرد. در پاره‌ای دیگر از کشورها - همچون ایران - قانونگذار رفتار دوگانه‌ای را در برخورد با

۷۶. نظریه «کالوو» (Calvo) از نام «کارلوس کالوو» حقوقدان آرژانتینی گرفته شده که قاعده مزبور را در سال ۱۸۶۸ وضع نموده است. این نظریه بعداً در قوانین اساسی شوراهای چون مکزیک، بولیوی، نیکاراگوئه، پرو ونزوئلا به عنوان یک اصل پذیرفته شده است. قوانین کشورهای اکوادور و کلمبیا نیز این قاعده را شرکتهای خارجی تحمیل می کنند. در آرژانتین و اوروگوئه این قاعده دیگر اجرا نمی شود. در برزیل قاعده مزبور به عنوان یک اصل پذیرفته شده ولی در عمل به آن توجهی نمی شود.

77. Mustafa: "Public corporation as Parties to Arbitration: AN Arab Perspective", ICC Court of Arbitration, 60 th Anniversaries, 1983.

78. Szaszy: "Arbitration of Foreign Trade Transactions in Popular Democracies", American Journal of Int. Law, Vol. 13, p. 44; Sanders: "Trade Arbitration between East and West". Int. Comp. L.Q., 1966, 742.

داوری در پیش گرفته است. این کشورها داوری را بطور کلی قبول دارند ولی مراجعه به آن را برای حل اختلافات میان دولت و شرکتهای خارجی موکول به تصویب و اجازه پارلمان می کنند.^{۷۹}

در چنین حالتی مسئله این است که در یک اختلاف بین المللی برای احراز صحت قرارداد داوری، داور یا قاضی به چه قانونی باید مراجعه کند تا معلوم شود که دولت یا مؤسسه دولتی طرف قرارداد حق انعقاد قرارداد داوری را داشته است یا خیر: به قانون قرارداد - یعنی قرارداد داوری - یا به قانون شخصی دولت یا مؤسسه دولتی امضاکننده قرارداد داوری، و یا به قانون دیگر؟

به این پرسش، چه از ناحیه مؤلفان حقوق و چه از طرف داوران و قضات، پاسخ واحدی داده نشده است.

به موجب یک نظریه، قانون صالح برای پاسخ دادن به سؤال مزبور قانون محلی است که به موجب مقررات تعارض قوانین کشور محل دادگاه

۷۹. به موجب اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیئت وزیران 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 می کند». نباید تصور نمود که اصل ۱۳۹ قانون اساسی و یا ممنوع کردن دولت و سازمانهای دولتی در ارجاع اختلافات خود با اشخاص ثالث به داوری، ابداع عجیبی نموده است. در ایران قبل از انقلاب اسلامی نیز مؤسسات دولت در ارجاع اختلافات به داوری ممنوع بودند. مطابق ماده ۲۹ آئین نامه معاملات دولتی مصوب کمیسیون قوانین دارائی مجلس شورای ملی مورخ ۱۳۳۴/۲/۱۰ در هیچ یک از پیمانها نمی بایست حق ارجاع به داوری قید می گردید. ضمن اینکه مقنن تصریحاً مؤسسات دولتی را از ارجاع به داوری ممنوع کرده بود. این فکر ظاهراً ناشی از این است که دولت اصولاً در اغلب مواردی که اختلافات و دعاوی بین دولت و اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی به داوری ارجاع گردیده محکوم به بی حقی شده و و از این بابت خسارات زیادی به وی وارد آمده است. این است که دولت و مقنن ایرانی همواره نسبت به ارجاع اختلافات دولت و سایر اشخاص به داوری اکراه داشته اند. تصویبنامه های متعددی در گذشته از طرف دولت صادر گردیده است که در قراردادهائی که وزارتخانه ها با اشخاص یا مؤسساتی که شخصیت حقوقی دارند، منعقد می نمایند. قید ارجاع اختلاف به داوری موکول به صدور تصویبنامه از طرف هیئت وزیران خواهد بود (در این خصوص رک. به دکتر صادق برزگر: «حکمت بازگانی بین المللی»، نشریه کانون سردفتران، سال هشتم، شماره ۴ و ۵ تیر و مرداد ۱۳۴۳، ص ۴۹ به بعد).

داوری تعیین خواهد شد. این عقیده بویژه در قطعنامه آمستردام متخذه از طرف مؤسسه حقوق بین الملل عنوان شده است که ماده ۵ آن بطور کلی اعتبار شرط داوری را تابع قانون محل دادگاه داوری می‌داند.

نظریه فوق امروزه طرفداری ندارد و در واقع قابل قبول هم نیست، زیرا دادگاههای داوری را در حد دادگاههای قضائی گذاشته و همان قواعد حاکم بر این نوع دادگاهها را به داوران تحمیل می‌کند، و حال آنکه - همانطور که گفتیم - تشبیه وظیفه قضات که اراده خود را از حاکمیت کشوری که در آن به دادرسی مشغولند، می‌گیرند با کار داوران که به موجب اراده طرفین صالح به حل اختلاف شده‌اند، صحیح نیست؛ مضافاً به اینکه تعیین محل داوری ممکن است صرفاً تصادفی باشد و یا اصلاً محلی در کار نباشد و داوری از طریق مکاتبه صورت گیرد.

به موجب یک نظریه دیگر، قانون صالح درخصوص اهلیت دولت و بطور کلی اشخاص حقوقی و حقیقی مبنی بر ارجاع اختلافات خود با اشخاص ثالث به داوری، قانون قاضی است که از نظر حقوق بین الملل خصوصی صالح به رسیدگی به اختلاف مطروحه می‌باشد.^{۸۰} مراجعه به داوری در صورتی برای طرفین مجاز است که قانون متبوع قاضی که ذاتاً صالح به رسیدگی به دعوای مطروحه است، آن را برای همگان ممکن کرده باشد؛ چرا که مسئله داوری به سازمان قضائی هر کشور مربوط می‌شود. مثلاً فرض می‌کنیم برای حل اختلاف میان یک شرکت دولتی ایرانی از یک سو و یک شرکت فرانسوی از سوی دیگر، در صورت فقدان قرارداد داوری، یک قاضی انگلیسی صالح به رسیدگی باشد. برای اینکه معلوم شود مراجعه شرکت دولتی ایران - که فرضاً اجازه مجلس را اخذ نکرده است - به داوری درست بوده یا خیر، و به عبارت دیگر، برای آنکه معلوم شود

80. Maryer: Droit international privé, Paris, 1983, no. 303.

قرارداد داوری صحیح است یا باطل، قاضی انگلیسی باید به قانون دولت متبوع خود مراجعه کند. هرگاه قانون کشور انگلیس مراجعه به داوری را برای همه اشخاص، صرف نظر از دولتی بودن یا خصوصی بودن آنان، مجاز بشناسد، قرارداد داوری منعقد شده میان طرفین ایرانی و فرانسوی را صحیح می‌داند، و الا آن را باطل اعلام می‌نماید.

این نظر دوم، به همان دلایلی که برای رد نظریه نخست بیان نمودیم غیرقابل قبول است. در واقع، قاضی به حکم قانون دولت متبوع خود مکلف به مراجعه به قانون ملی خویش است، در حالیکه داور جز در مواردی که مکلف به رعایت نظم عمومی کشور محل داوری است، اجباری به رجوع به قانون به این کشور ندارد. مراجعه به داوری - یعنی مراجعه به یک عدالت خصوصی - وقتی که اختلاف جنبه بین‌المللی دارد، به اندازه مراجعه به داوری در مسائل داخلی و میان اتباع کشور واحد، عدول از اصل اساسی تظلم خواهی نزد محاکم دولتی محسوب نمی‌شود، مضافاً به اینکه طرفین، با وجود آنکه در خصوص اجرای قرارداد اصلی اختلاف نظر دارند، در رجوع به داوری اختلافی ندارند، زیرا از ابتدا به موجب قرارداد در این مورد توافق نموده‌اند.

طبق نظریه سوم، اهلیت طرفین باید تابع قانون قرارداد داوری باشد. این نظریه‌ای است که رویه قضائی فرانسه در قراردادهائی که یک طرف آنها دولت فرانسه بوده اتخاذ نموده است. در واقع، دیوان کشور فرانسه در رأی معروف خود موسوم به «سن کارلو»^{۸۱} ممنوعیتی را که مواد ۸۳ و ۱۰۰۴ قانون سابق آئین دادرسی مدنی فرانسه برای دولت و اشخاص حقوقی دولتی مقرر کرده بود و به موجب آن اشخاص مزبور از مراجعه به داوری

81. Civ. 14 Avril 1964, ONIC c/Capitaine du San Carlo. D. 1964 - 637 Clunet 1965, 645, note Goldman: Rev. crit. 1964, 66 note Batiffol.

محروم شده بودند، عدم اهلیت تلقی نکرده و آن را تابع قانون قرارداد دانسته و نه قانون شخصی که قاعداً اهلیت تابع آن است. به کدام دیوان مزبور:

«ممنوع بودن دولت و مؤسسات دولتی از مراجعه به داور، ارتباطی به مسئله اهلیت موضوع بند ۳ از ماده ۳ قانون مدنی ندارد. دادگاه استیناف می‌بایست تنها به این نکته پاسخ گوید که آیا این ممنوعیت کلی و عام که برای قراردادهای داخلی وضع شده است، در مورد یک قرارداد خصوصی بین‌المللی که بنا بر مقتضیات و شرایط، متناسب با عرف تجارت دریائی منعقد گردیده، قابل تسری است یا خیر؟ دادگاه استیناف در نظر خویش مبنی بر اینکه این مسئله تابع قانون قرارداد است و نه قانون شخصی طرفین قرارداد، موافق قانون عمل کرده است.»

این نظریه که مورد پشتیبانی بعضی از حقوق‌دانان بنام بوده^{۸۲} و پاره‌ای از داوران نیز آن را دنبال کرده‌اند،^{۸۳} نه از نظر منطق حقوقی درست به نظر می‌رسد و نه از لحاظ عملی قابل قبول است. از نظر منطق حقوقی، آزاد گذاشتن طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم بر اهلیت با اصل کلی مورد قبول در سطح جهانی که اهلیت را تابع قانون شخصی طرفین تلقی می‌کند،^{۸۴} مخالف است؛ مضافاً به اینکه بسیار نامعقول به نظر می‌رسد که

82. Goldaman: op. cit., p. 468.

83. CF. CCI. Sentence no 1526 de 1988 et 2621 de 1975. Clunet 1974, 915, note Y.D et Clunet 1976, 997.

۸۴. منظور از «قانون شخصی» قانونی است که جنبه دائمی دارد و شخص را در هر کجا که باشد دنبال می‌کند. در فرانسه، بلژیک، ایتالیا، اسپانیا، آلمان و هلند قانون شخصی افراد، قانون ملی آنان است. در انگلستان و کشورهای آنگلوساکسون، قانون اقامتگاه (lex domicilii) قانون شخصی اشخاص محسوب می‌شود. منظور از «اقامتگاه» در واقع محلی است که از نظر قانون، شخص اقامت دائمی داشته و قصد تغییر آن را ندارد و به «domicile of origin» تعبیر می‌گردد که با محل سکونت (residence) متفاوت است. درخصوص مفهوم اقامتگاه در حقوق انگلیس رک. به:

برای تشخیص اینکه دولتی حق مراجعه به داوری دارد یا خیر، به قانونی جز قانون خود وی مراجعه نمائیم. از لحاظ عملی نیز تعیین اختیار دولت طرف معامله در ارجاع اختلاف به داوری، مخالف اصل استقلال و حاکمیت دولتها است و بسیار بعید است که دولتها – و بویژه دولتهای جهان سوم – بپذیرند که اختیار یا عدم اختیار آنها در ارجاع اختلافاتشان به داوری، به قانونی جز قانون خود آنها محول گردد.

این است که تعیین وجود یا عدم اهلیت هریک از طرفین را برای انعقاد قرارداد داوری باید – همانطور که در مورد هر قرارداد دیگری صادق است – علی‌الاصول تابع قانون شخصی طرفین تلقی نمود. این نظر که پاره‌ای مؤلفان از آن دفاع کرده^{۸۵} و بعضی آرای داوری آن را قبول نموده^{۸۶} و کنوانسیون اروپائی راجع به داوری بین‌المللی^{۸۷} و کنوانسیون نیویورک راجع به اجرای آرای داوری خارجی^{۸۸} نیز آن را مطمح نظر قرار داده‌اند باید، بجز در موارد استثنائی^{۸۹} مورد تأیید قرار گیرد.

85. Bentwich: op.cit., 10c. cit. Cf. Van Houtte: "La loi applicable à l'arbitrage commercial international", Rev. dr. int. et dr. comp. 1980, p. 285, note 14.

86. Cf. CCI sentence no 2694, Clunet 1978, 985.

۸۷. بند ۱ (الف) از ماده ۴.

۸۸. بند ۱ (الف) از ماده ۵.

۸۹. مانند موردی که عدم اهلیت یکی از طرفین با اصول اساسی تجارت بین‌المللی – چون اصل حسن نیت – مخالفت پیدا می‌کند. مثلاً در فرانسه اصل بر این است که قانون حاکم بر اهلیت اشخاص، قانون ملی آنان است. معذک در پاره‌ای موارد در صورتی که طرف فرانسوی بتواند ثابت کند از اینکه قانون شخصی طرف معامله او را صغیر قلمداد می‌کرده، بی‌اطلاع بوده است، می‌تواند از ابطال معامله – که طرف خارجی به بهانه صغیر بودن خود به موجب قانون شخص اش تقاضا می‌نماید – جلوگیری کند مشروط بر اینکه شخص خارجی مزبور به موجب قانون محل انعقاد قرارداد، اهل شناخته شود. این قاعده به قاعده «لیزاردی» (Lizardi) معروف است. لیزاردی در واقع یک تبعه مکزیکی بیست و سه ساله بود که چندین فقره سفته به ارزش ۸۰,۰۰۰ فرانک در مقابل خرید جواهرات از یک تاجر فرانسوی امضاء کرده بود. در اثر عدم پرداخت بموقع سفته‌ها تاجر فرانسوی وی را در محکمه تعقیب نمود. در دفاع از خود، لیزاردی اعلام داشت که تعهداتش باطل است زیرا به موجب قانون مکزیک – قانون شخصی اش – سن کبر از بیست و پنج سالگی آغاز می‌شود. دیوان کشور فرانسه با وجود صحت اظهارات لیزاردی مبنی بر بطلان معامله به موجب قانون مکزیک وی را به پرداخت بهای جواهرات محکوم نمود، به این استدلال که جواهر

ب. قابلیت ارجاع اختلاف به داوری

معمولاً سیستمهای مختلف حقوقی داخلی، یک نوع واحد از دعاوی را قابل ارجاع به داوری می‌دانند؛ معذک ممکن است درخصوص پاره‌ای اختلافات حقوقی داخل کشورها یکسان عمل نکنند. مثلاً به موجب حقوق انگلیس ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد کار بدون هیچگونه محدودیتی مجاز است،^{۹۰} در حالیکه در حقوق بلژیک نمی‌توان در قرارداد کار شرط داوری گنجانده مگر در مورد قراردادهای راجع به مدیریت، آن هم در صورتی که دستمزد سالانه مدیر حداقل ۵۰,۰۰۰ فرانک باشد.^{۹۱} در فرانسه، برعکس، گنجانیدن هرگونه شرط داوری در قراردادهای کار ممنوع به نظر می‌رسد.^{۹۲}

در اینجا این مسئله مطرح می‌شود که برای اینکه معلوم شود اختلاف میان طرفین در یک قرارداد بین‌المللی، قابل ارجاع به داوری هست یا خیر، به کدام قانون باید مراجعه کرد؟

به موجب یک نظریه، قاضی مأمور صدور اجرائیه می‌تواند در صورتی که موضوع اختلاف به موجب قانون دولت متبوع او غیرقابل ارجاع به داوری باشد از اجرای رأی داوری که مخالف آن عمل نموده است،

فروش فرانسوی حقاً نمی‌توانسته است «قوانین ملتهای مختلف را بشناسد» و همین که «با احتیاط» عمل کرده و در عقد قرارداد «حسن نیت» بخرج داده کافی است:

Cf. Req. 16 Janvier 1861, D.P. 1, 1930; S. 1861, 1. 305, note Masse.

90. Halsbury: law of England, Arbitration, no 503.

91. Van Houtte: op. cit., loc. Cit.

۹۲. مثلاً در رأی شماره ۲۵۵۸ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، داور رسیدگی کننده که در پاریس رأی صادر نموده است، با وجود شرط داوری موجود در قرارداد کار، از رسیدگی به اختلاف مطروحه میان طرفین خودداری کرده است. متن رأی در نشریه زیر چاپ شده است:

Clunet, 1977, 952.

خودداری نماید.^{۹۳} به عبارت دیگر، این قانون محل اجرای رأی داور است که صالح است بگوید آیا اختلاف طرفین قابل ارجاع به داور است یا خیر و داور باید هنگام صدور رأی این قانون را مدنظر داشته باشد. یک دادگاه استیناف بلژیکی^{۹۴} به این استدلال که موضوع رأی داوران به موجب قانون بلژیک - محل اجرای قرارداد - قابل ارجاع به داور نیست، از قبول درخواست اجرای رأی داور خودداری کرده است.^{۹۵}

این نظر البته اغراق آمیز است، چرا که هرگاه اجرای رأی داور به هیچ وجه با نظم عمومی کشوری که در آن رأی باید اجرا شود منافاتی نداشته باشد، معلوم نیست مطابق چه منطقی قاضی مأمور صدور اجرائیه، به صرف اینکه قانون دولت متبوعش موضوع را قابل ارجاع به داور نمی داند، باید از صدور اجرائیه خودداری کند. مثلاً به موجب ماده ۶۷۵ قانون آئین دادرسی مدنی ایران، مراجعه به داور در اختلافات ناشی از ورشکستگی ممنوع است. حال اگر از قاضی ایرانی تقاضای صدور اجرائیه در مورد یک رأی داور خارجی شود - به دلیل وجود اموال محکوم علیه در ایران - معلوم نیست چرا قاضی ایرانی باید به صرف اینکه قانون شخصی وی ارجاع مسائل ناشی از ورشکستگی را به داور قبول ندارد، از اجرای رأی داور خارجی خودداری کند. گرچه مفاد ماده مذکور جنبه آمرانه

۹۳. ماده ۵ کنوانسیون نیویورک راجع به اجرای آرای داور خارجی.

94. Appel Liege, 12 mai 1977. JT 1979, 710, note Huys et keutgen (cité par van Houtte: op. cit. note 8).

۹۵. موضوع این بوده است که آیا قرارداد امتیاز یک شرکت به نام "Audi-NSU" در بلژیک خاتمه پیدا کرده است یا خیر؟ قاضی رسیدگی کننده به درخواست اجرای رأی داور صادره درخصوص اختلاف مطروحه، با استناد به قانون ۱۹۶۱ راجع به اعطای امتیاز به شرکتهای خارجی در بلژیک، موضوع را قابل داور ندانسته و از اجرای رأی داور خودداری کرده است.

دارد، ولی نادیده گرفتن آن از ناحیه قاضی ایرانی در امری که جنبه بین‌المللی دارد مخالف نظم عمومی ایران نخواهد بود.^{۹۶}

این است که معمولاً این نکته مورد قبول است که قانون حاکم بر قابلیت ارجاع اختلاف به داوری، قانونی است که طرفین انتخاب نموده‌اند؛ یعنی قانونی که بر ماهیت قرارداد داوری حاکم است. لیکن هرگاه طرفین قانون حاکم بر ماهیت داوری را صراحتاً معین نکرده باشند، کدام قانون را باید صالح شناخت؟ بعضی از مؤلفان در چنین صورتی قانون قرارداد اصلی را صالح برای پاسخگویی به سؤال مطروحه می‌دانند.^{۹۷} این نظر در یکی از آرای داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مورد تأیید قرار گرفته است.^{۹۸} کنوانسیون اروپائی راجع به داوری تجاری بین‌المللی نیز بر همین عقیده استوار است.^{۹۹} این نظریه بر این استدلال تکیه دارد که ارجاع اختلاف به داوری در واقع از مصادیق انتقال حق است، بدین معنی که اشخاصی که حق دخالت در اموال خود را دارند، می‌توانند این حق دخالت را به دیگری (داور) انتقال دهند؛ و همانطور که مسئله جواز یا عدم جواز انتقال حق تابع قانونی است که حدود حق مزبور را معین می‌کند، این نکته که آیا شخص می‌توانسته تصمیم درخصوص اختلاف مطروحه را به داوری واگذارد یا خیر نیز تابع قانون حاکم بر اصل اختلاف، و به عبارت دیگر، قانون حاکم بر قرارداد اصلی است.

این عقیده را نمی‌توان پذیرفت، زیرا اولاً چنانکه گفته‌اند^{۱۰۰} ارجاع اختلاف به داوری به معنی آن نیست که شخص از حقوق خود صرف‌نظر

۹۶. درخصوص مفهوم نظم عمومی در حقوق ایران رک. به اسدالله امانی: «نقش اراده در قراردادها»، فصلنامه حق، دفتر چهارم، ۱۳۶۴، ص ۶۵ به بعد.

97. Mazger: op. cit. p. 248.

98. Cf. CCI, sentence no 2626, Clunet, 1978, p. 981.

۹۹. ماده ۶ کنوانسیون.

100. Goldman: op. cit., p.468.

می‌کند، چیزی که در مورد انتقال حق مصداق دارد؛ ثانیاً به موجب حقوق داخلی اغلب کشورهای جهان،^{۱۱} قرارداد داوری^{۱۲} مستقل از قرارداد اصلی است، و هرگاه حقوق داخلی یکی از این کشورها حاکم بر قرارداد اصلی باشد بطلان قرارداد اصلی خدشه‌ای به صحت قرارداد داوری وارد نمی‌کند. مثلاً اگر قرارداد داوری تابع فرانسه باشد، داور رسیدگی‌کننده خود را صالح به رسیدگی خواهد شناخت بدون آنکه ابتدائاً جستجو کند که آیا قرارداد اصلی صحیح است یا باطل. در یکی از آرای داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی که در زوریخ صادر گردیده است، داوران با چنین مسئله‌ای روبرو بودند. داوران پس از رسیدگی چنین اظهارنظر نمودند:

«... دادگاه داوری خود را صالح به رسیدگی در ماهیت دعوی می‌داند، چراکه عدم و یا نقصان رضای^{۱۳} مورد ادعای شرکت خوانده ارتباطی به شرط داوری ندارد و به قرارداد اصلی مربوط است».^{۱۴}

مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی^{۱۵} و قانون نمونه درباره داوری تجاری بین‌المللی مصوب کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت

۱۰۱. از آن جمله‌اند حقوق فرانسه، امریکا، آلمان، انگلستان، سوئیس و غیره.

۱۰۲. با عنایت به ماهیت قراردادی شرط داوری در قرارداد اصلی (clause compromissoire) و قرارداد داوری (compromis) که پس از قرارداد اصلی مستقلاً منعقد می‌گردد، از هر دو تحت عنوان «قرارداد داوری» به معنای اعم یاد شده است.

103. default ou vice de consentement.

104. Cf. CCI, sentence no 2476, Clunet, 1977, 936 – 937.

۱۰۵. بند ۳ از ماده ۸ مقررات سازش و داوری دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (متن مقررات دیوان به زبانهای فارسی و انگلیسی در «مجله حقوقی»، شماره ۵، بهار ۶۵، بخش اسناد بین‌المللی، چاپ شده است).

بین‌الملل^{۱۰۶} نیز همین راه حل را برگزیده‌اند؛ راه‌حلی که پاره‌ای داوران از آن به‌عنوان یک «قاعده ماهوی حقوق تجارت بین‌الملل» یاد کرده‌اند.^{۱۰۷}

این است که قابلیت یا عدم قابلیت ارجاع اختلاف به داوری را باید در قانون حاکم بر قرارداد داوری جستجو نمود. نه قانون حاکم بر قرارداد اصلی می‌تواند - در صورت عدم صراحت قرارداد داوری درخصوص قانون حاکم بر آن - الزاماً بر داوری حاکم باشد و نه قانون محل داوری چنانکه ماده ۶ کنوانسیون اروپائی راجع به داوری تجاری بین‌المللی پیش‌بینی نموده است. این قوانین می‌توانند به‌عنوان قرینه‌ای در جهت کشف اراده طرفین درخصوص قانون حاکم بر داوری توسط داور بکار گرفته شوند، ولی صرف اینکه قانون حاکم بر داوری معین نیست، دلیل نمی‌شود که قانون قرارداد اصلی را همان قانونی بدانیم که طرفین خواسته‌اند بر قرارداد داوری نیز حاکم باشد. قانون حاکم بر قرارداد اخیر را باید با توجه به اوضاع و احوال هر مورد جستجو و استنتاج نمود.

بخش ۲

قانون حاکم بر ماهیت دعوی

طرح مسئله

تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوائی که نزد داور مطرح است گاه کم اهمیت جلوه داده شده است و پاره‌ای از داوران نیز خود را مقید به جستجو و یافتن قانون حاکم بر اختلافاتی که به آنها واگذار شده است،

106. Model Law on International Commercial Arbitration.

107. Cf. CCI, sentence no 2694, Clunck, 1978, 985-986.

نمی‌بینند. در یکی از آرای داوری صادره در چارچوب مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی چنین می‌خوانیم:

«برای ارزیابی این مسئله که آیا اقدام متعهدله به اندازه‌ای مهم و خطرناک^{۱۰۸} هست که متعهد را از انجام تعهدش بری سازد، لازم نیست به یک قانون ملی مراجعه شود».^{۱۰۹}

در پرونده مطروحه نزد داور، مقاطعه کاری که کارگاه را ترک کرده بود چنین عنوان نموده بود که ترک کارگاه به خاطر این بوده است که صاحب کار به موقع نسبت به پرداخت مبالغی که می‌بایست معین کند که آیا اقدام صاحب کار مبنی بر عدم پرداخت بموقع آنچه قرارداد به عهده او گذاشته بود، آنقدر مهم بوده است که مقاطعه کار را مجاز سازد که براساس قاعده *“exception nom adimpleti contractus”*^{۱۱۰} از انجام تعهد خود در قبال صاحب کار خودداری کند یا خیر؟ داور رسیدگی کننده به این سؤال که آیا برای تعیین جواز ترک کارگاه و تعیین اهمیت اقدام صاحب کار مبنی بر تأخیر در پرداخت، داور ملزم به مراجعه به قانون ملی حاکم بر قرارداد هست یا خیر، پاسخ منفی می‌دهد، و حال آنکه این قانون ماهوی حاکم بر قرارداد است که باید در این خصوص مبنای اظهارنظر قرار گیرد.

108. Grave.

109. CCI. Sentence, no 283, Clumek 1977, 950-951.

۱۱۰. توضیح قاعده بالا این است که علی‌الاصول هریک از طرفین معامله باید تعهدات متقابل خود را در یک زمان به انجام برسانند. مثلاً در عقد بیع، خریدار باید حین دریافت مبیع، ثمن را به بایع رد کند. حال اگر یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند، طرف مقابل خواهد توانست تا زمانی که طرف ممتنع از انجام تعهد خود سرباز می‌زند، او نیز به تعهد خود عمل نکند. قاعده مورد بحث به معنی تعلیق اجرای تعهد است و موجب سقوط آن نخواهد بود. این حق امتناع یکی از طرفین از انجام تعهدش تا انجام تعهد طرف مقابل، در حقوق ما به حق حبس معروف است که یکی از موارد آن در ماده ۳۷۷ قانون مدنی آمده است.

از نقطه نظر تئوری، هرگاه قرارداد به حد کافی جزئیات مسائلی را که ممکن است در آینده میان طرفین بروز کند پیش‌بینی کرده، معین نماید که هر مسئله‌ای باید براساس چه قانونی ارزیابی شود، اشکالی پیش نخواهد آمد. در واقع، به‌موجب یک اصل کلی مورد قبول سیستمهای حقوقی جهان، قانون طرفین، بویژه در یک قرارداد بین‌المللی، از همان شروط مندرج در قرارداد تشکیل می‌گردد و داور بین‌المللی نیز باید برای حل مسائلی که نزد او مطرح می‌شود، قبل از هر چیز، به قرارداد طرفین مراجعه نماید؛ ولی در عمل بندرت اتفاق می‌افتد که قرارداد آنقدر مفصل تنظیم شود که همه جوانب روابط آتی میان طرفین را در نظر بگیرد. این است که داور، مانند قاضی دادگستری، در مقام رسیدگی مجبور به تفسیر قرارداد است که ممکن است مبهم باشد، و یا باید آن را تکمیل کند. در پاسخ اینکه تفسیر و تکمیل قرارداد توسط داور به چه صورت انجام خواهد شد، باید گفت این کار جز با اتکا به یک سیستم حقوقی معین، سیستمی که حاکم بر قرارداد باشد، عملی نیست. بطور کلی این سیستم حقوقی همان قانون حاکم بر ماهیت دعوی است.

بعضی از داوران به بهانه اینکه قرارداد بین‌المللی را نباید در چارچوب قواعد دست و پاگیر یک حقوق داخلی مجبوس نمود، خود را بی‌نیاز از مراجعه به قوانین داخلی می‌دانند. در یک رأی داوری می‌خوانیم:

«نظر به اینکه باید به استقلال جامعه بین‌المللی بازرگانان که در روابط

متقابل خود از قواعد ویژه‌ای تبعیت می‌کنند، اذعان کنیم ... و نظر به

اینکه مسئله‌ای که نزد دادگاه مطرح شده است جز تفسیر قراردادهای

منعده میان طرفین و جستجوی اراده واقعی آنان چیز دیگری نمی‌باشد،

معلوم نیست اجرای یک قانون ملی که طرفین مسلماً مدنظر نداشته‌اند، چه فایده‌ای در بر دارد ...».^{۱۱۱}

مفهوم این رأی داوری آن است که لازم نیست تفسیر قرارداد با مراجعه به قانون قرارداد، یعنی قانون ملی یک کشور بخصوص، بعمل آید؛ ولی داوران صادر کننده این رأی معلوم نمی‌کنند که اساس حقوقی این عقیده آنان چیست. از طرفی در چند سطر پائین‌تر این رأی، آنجا که داوران می‌باید در مورد میزان بهره‌ای که به متعهد^{۱۱۲} تعلق می‌گیرد اظهارنظر کنند، مجدداً به لزوم اجرای یک قانون ملی در خصوص تعیین میزان بهره بازگشته، قانون متعهد^{۱۱۲} را در این خصوص لازم‌الرعا^{۱۱۲}یه معرفی می‌نمایند.^{۱۱۲} رأی بالا بخوبی نشان می‌دهد که این قوانین داخلی کشورها هستند که اغلب، به دلیل منظم و مدون بودنشان، می‌توانند و باید پاسخ مسائل ماهوی مطروحه نزد داوران بین‌المللی را ارائه دهند.

قاعدتاً هرگاه طرفین در قرارداد خویش قانون حاکم بر آن را نیز معین کرده باشند، مشکلی در برابر داور قرار نمی‌گیرد. در واقع، چون – همانطور که گفتیم – داور فاقد محل رسیدگی است و اقتدارش را از اراده طرفین می‌گیرد، خواست آنها در خصوص انتخاب قانون صالح را باید اجرا نماید، مگر در مواردی که این خواست مخالف نظم عمومی یکی از کشورهایی است که رأی به‌نحوی مؤثر با آن ارتباط پیدا می‌کند.

رأی داوری شماره ۲۵۵۹ اتاق بازرگانی بین‌المللی به صراحت چنین اعلام می‌دارد:

111. CCI, Sentence no 2375. Clumet 1976, 973-974.

۱۱۲. استدلال داوران در مراجعه به قانون طلبکار برای تعیین میزان بهره این است که «این طلبکار است که از استفاده از اصل طلب و در نتیجه از سودی که ممکن بود در اثر پرداخت بموقع طلب عایدش شود، محروم گردیده است».

«انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین دعوی برای دادگاه [داوری]
لازم‌الرعايه است».^{۱۱۳}

اما مسئله این است که هرگاه طرفین، قانون حاکم بر ماهیت دعوی را انتخاب نکرده باشند و یا وقتی که اختلافی نزد داور مطرح می‌شود که تابع قانون انتخابی طرفین نیست، داور چگونه قانون حاکم بر ماهیت دعوی را جستجو و معین خواهد نمود؟ اگر این مسئله در برابر قاضی دادگاههای داخلی یک کشور مطرح شود، مشکلی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا در واقع به موجب یک قاعده جهانی حقوق بین‌الملل خصوصی قاضی در چنین فرضی لزوماً از سیستم تعارض قوانین کشور خود یاری می‌گیرد، اما داور بین‌المللی، برعکس، در چنین موقعیتی قرار ندارد. قانون وی قرارداد طرفین است و به نام هیچ دولتی رأی صادر نمی‌کند تا ملزم به تبعیت از قانون آن باشد؛ نه دولت خود وی، نه دولت کشور محل صدور رأی و نه دولت دیگر. عدالتی که داور در پی «گستردن» آن است یک عدالت خصوصی است که بر طبق یک قانون خصوصی، یعنی قرارداد طرفین، برگزار می‌شود؛ قراردادی که – بنابر فرض ما در اینجا – قانون ملی حاکم بر ماهیت آن مشخص نیست و باید توسط او معین شود.

وظیفه جستجو و یافتن قانون حاکم بر ماهیت دعوی تنها خاص حالتی نیست که طرفین، قانون قرارداد را صراحتاً یا بطور ضمنی انتخاب نکرده‌اند. حتی اگر طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را نیز معین کرده باشند باز مشکل تعیین قانون حاکم بر ماهیت از بین نخواهد رفت. واقعیت این است که تمام جنبه‌های ماهوی روابط طرفین تابع قانون انتخاب شده توسط

113. CCI, Sentence, no 2559, 1925 (cité par Derains note sous sentence no 2735, 1976, Clumek 1977, p. 947: "Le tribunal est lié par le choix du droit applicable par les parties").

آنان نیست. مثلاً شرایط مربوط به اجرای تعهدات منعکس در قرارداد- شرط پرداخت بهای کالا، شرط ضمان و امثال آن - تابع قانون محلی است که هریک از تعهدات مزبور باید در آنجا اجرا شود؛ مسئله اهلیت طرفین در انعقاد قرارداد اصلی تابع قانونی جز قانون قرارداد است که باید جستجو و معین شود.

داور بین‌المللی برای یافتن قانون حاکم بر هریک از این جنبه‌ها باید از قواعد تعارض قوانین یاری جوید. او چه سیستم تعارض قوانینی را می‌تواند برگزیند تا از طریق آن به قانونی که باید اختلاف به‌موجب آن حل شود، دست یابد؟

از نقطه نظر تئوری محض، در قبال سؤال فوق می‌توان پاسخهای متعددی ارائه نمود: می‌توان گفت که داور باید به قواعد تعارض دولت متبوع خود و یا قواعد تعارض کشوری که در آن اقامت دارد رجوع کند، چرا که با این قواعد بیشتر آشنائی دارد؛ ممکن است گفته شود که قواعد تعارض کشور متبوع طرفین و محل اقامت آنها صلاحیت تعیین قانون حاکم بر ماهیت را دارد، با فرض اینکه کشور و یا محل اقامت مزبور مشترک میان طرفین باشد، اجرای قواعد تعارض قاضی یا دادگاهی که اصولاً صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارد ولی شرط داوری صلاحیت وی را کنار زده است نیز امکان دارد پیشنهاد مناسبی باشد؛ همین‌طور قواعد تعارض کشوری که رأی در آنجا اجرا خواهد شد؛ می‌توان تصور نمود که طرفین دعوی در حالیکه قانون حاکم بر اصل دعوی را انتخاب نکرده‌اند، قواعد تعارض قابل اعمال در حل اختلافاتشان را انتخاب کرده‌اند، و در این صورت، قواعد مزبور را صالح دانست.

اما در عمل، هیچیک از این راه‌حلها به دلیل ایرادهای آشکاری که به هریک از آنها وارد است مورد توجه قرار نگرفته‌اند.^{۱۱۴} علمای حقوق و داوران بین‌المللی نظرات دیگری عنوان نموده‌اند که عمدتاً بر محور سه فکر دور می‌زنند: صلاحیت قواعد تعارض محل داوری؛ صلاحیت قواعد تعارض کشوری که قانون آن به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد معین شده است؛ و بالاخره استقلال و آزادی داوری در انتخاب قواعد تعارض حاکم بر اختلاف.

نظرات مزبور را در سه مبحث مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مبحث اول

اجرای سیستم تعارض قوانین محل داوری

به‌موجب یک نظریه کلاسیک، داور بین‌المللی در مقام جستجو و تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی، مکلف است به قواعد تعارض محلی مراجعه کند که داوری در آنجا جریان دارد. این نظریه در واقع همان راه‌حلی را پیشنهاد می‌کند که طبق اصول قدیمی حقوق بین‌الملل خصوصی مورد عمل قضات دادگستری است.

یکی از معروفترین طرفداران این نظریه پروفیسور سوسرهایل حقوقدان سوئیسی است که در گزارش خود به مؤسسه حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۵۲ از آن دفاع نموده است.^{۱۱۵} لازم به تذکر است که این حقوقدان بنام در واقع – همانطور که قبلاً به مناسبت بحث در خصوص قانون حاکم بر آئین داوری گفتیم – تمامی جنبه‌های داوری بین‌المللی را تابع قانون محل

114. Cf. Lalive: "Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse" Rev. crit, 1976, ni.3.

115. Cf. Annuaire de l'Institut de Droit International, 1952, I, p.469 et s.

داوری می‌داند به جز شکل قرارداد داوری یا شکل توافق طرفین بر سر تعیین داوران - که در مرحله‌ای بعد از انعقاد قرارداد داوری صورت می‌گیرد - و یا شکل صلحنامه‌ای که میان طرفین و بوسیله آنها امضاء می‌شود، که مؤلف مزبور در مورد آنها مطابق قاعده جهانی "Locus regit actum"،^{۱۱۶} قانون محل انعقاد را صالح قلمداد می‌کند.

به نظر پروفیسور سوسرهای:

«از آنجا که داوری یک تأسیس قراردادی است، طرفین باید حق داشته باشند سیستم حقوقی قابل اجرا بر رأی داوری را به داورها نشان دهند. اما این حق جز در محدوده‌ای که قواعد تعارض کشور محل دادگاه معین می‌کنند مجاز نیست قواعدی که به عنوان قانون مقرر دادگاه، وسعت استقلالی را که می‌توان در این زمینه برای طرفین شناخت، معین خواهد کرد. هرگاه طرفین در مورد سیستم حقوق قابل اجرا توافقی نکرده باشند، داوران در مقام حل اختلاف میان طرفین، به قواعد تعارض کشور محل دادگاه داوری رجوع خواهند نمود».^{۱۱۷}

اما متنی که بالاخره توسط قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل موسوم به «قطعنامه آمستردام» در سال ۱۹۵۷ تصویب و اتخاذ شد، ظاهراً جایی برای توافق طرفین باقی نگذاشته است. حتی می‌توان گفت که قطعنامه اخیر تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی را انحصاراً به قواعد تعارض محل دادگاه داوری واگذار کرده است.^{۱۱۸}

۱۱۶. اسناد از لحاظ طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم هستند.

117. Op. cit. p. 571.

۱۱۸. به موجب ماده ۱۱ قطعنامه «برای تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف، قواعد تعارض موجود در کشوری باید مدنظر قرار داده شوند که دادگاه داوری در آنجا واقع است. داورها در حدود این قانون، قانون انتخاب شده توسط طرفین را اجرا خواهند کرد. در صورت عدم صراحت قرارداد، داورها با ملاحظه تمامی جوانب اختلاف، اراده طرفین را معین خواهند کرد». بدین ترتیب، اراده طرفین در انتخاب قانون

این نظریه به همان دلایلی که قبلاً هنگام بحث درخصوص قانون حاکم بر آئین داوری بیان نمودیم، به آسانی قابل اجرا نیست و در هر حال بطور مطلق قابل قبول نمی‌باشد. همانطور که گفتیم محل داوری در همه قراردادهای صراحتاً معین نمی‌شود، یا محل معین است ولی واحد نیست. در چنین حالتی معلوم نیست قانون کدامیک از محلهای تعیین شده مورد نظر طرفین بوده است. ممکن است داوری اصلاً محل نداشته باشد و به صورت مکاتبه‌ای انجام شود و یا انتخاب محل تصادفی باشد و یا به لحاظ ایجاد سهولت در تماس داوران و طرفهای دعوی و شهود انجام گرفته باشد و امثال آن. در تمام این موارد، اجرای قانونی به‌عنوان قانون محل داوری غیرقابل توجیه است.

بیهوده نیست که نظریه مورد بحث در عمل چندان طرفداری ندارد و می‌توان تأیید کرد که در مجموع، «داوران بین‌المللی تمایلی به مراجعه به قواعد تعارض قوانین محل داوری ندارند».^{۱۱۹}

با وجود این، نمی‌توان اجرای قانون محل داوری را در همه حال محکوم دانست و داوران را از مراجعه به آن ممنوع نمود. در واقع، از مورد تعیین صریح و یا ضمنی^{۱۲۰} قانون محل داوری توسط خود طرفین که بگذریم - که در این صورت، قانون محل داوری و قانون قرارداد قانون واحد خواهند بود - در صورت فقدان هرگونه قرینه‌ای در قرارداد که حاکی از اراده طرفین در تعیین قانونی جز قانون محل داوری باشد، داور خواهد توانست لاقلاً بطور فرعی به قواعد تعارض محل وقوع داوری

حاکم بر ماهیت دعوی تنها در صورتی مؤثر خواهد بود که حقوق بین‌الملل خصوصی کشور محل داوری، این انتخاب را به رسمیت بشناسد.

119. Lalive: op. cit., loc. Cit.

۱۲۰. ضمنی، مانند موردی که طرفین، یکی از کمیسیونهای داوری واقع در یک کشور سوسیالیستی را انتخاب می‌کنند که مقرراتش به دلیل خصیصه ملی کمیسیون داوری، داور را مکلف به مراجعه به قواعد تعارض کشوری می‌کند که کمیسیون داوری مزبور در آنجا فعالیت دارد.

❖ ۱۹۳ تعارض قوانین در ...

مراجعه نماید، بویژه هرگاه این تنها راه حل عاقلانه باشد؛ همچنین است وقتی که قانون محل وقوع داوری تصادفی نبوده و با قرارداد رابطه‌ای نیز داشته باشد،^{۱۲۱} یا وقتی که محل داوری می‌تواند در کنار قرائن دیگر، در تعیین قواعد تعارض مورد جستجوی داور نقش مؤثری ایفا نماید.^{۱۲۲}

مبحث دوم

صلاحیت قانون قرارداد

جمعی از علمای حقوق بر این عقیده‌اند که داور بین‌المللی در صورت فقدان هرگونه قرینه‌ای بر اراده مخالف طرفین باید قواعد تعارض کشوری را مد نظر قرار دهد. که قانون آن به‌عنوان قانون قرارداد معین شده است.^{۱۲۳}

در نظر اول چنین می‌نماید که در این عقیده تضادی نهفته است: هرگاه طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را معین کرده باشند، داور به حکم اراده طرفین آن را اجرا خواهد نمود. پس دیگر چه موردی دارد که به قواعد تعارض بخصوصی مراجعه کند تا قانون حاکم را بیابد؟ به عبارت

۱۲۱. مثلاً در اختلافات ناشی از بیع و یا حمل و نقل دریائی، انتخاب لندن به‌عنوان محل داوری ممکن است دلیل میل طرفین به اجرای مقررات حقوق تجاری دریائی انگلستان باشد که در بین سیستمهای حقوقی جهان از قدمت و تکامل ویژه‌ای برخوردار است، مضافاً به اینکه فهم آن نیز چندان دشوار نیست.

۱۲۲. چنانکه در پرونده "Alsing" چنین بود. دادگاه داوری در این پرونده حقوق بین‌الملل خصوصی کشور یونان را درخصوص اختلاف مطروحه اعمال نموده است. رأی داور بر قرائن متعددی استوار است از جمله اینکه طرفین دعوی یونان را به‌عنوان محل داوری انتخاب کرده بودند.

123. Fragistas: op. cit. loc. Cit.: Klein: "Autonomie la volonté et arbitrage", Rev. crit. dr. int. pr. 1958. p.255 et 479, 483, Tallon: "La loi applicable par les juridictions arbitrales", Rapport au Colloque sur les nouvelles sources du droit du commerce international Londres, sept. 1962; Mezger: "The arbitrator and private international Law" (précité) p. 240 et s.

دیگر، آیا وقتی که داور می‌تواند مستقیماً مقررات قانون قرارداد را بر اختلاف اجرا کند، مراجعه به قواعد تعارض قوانین امر بی‌فایده‌ای نیست؟

جواب این سؤال البته منفی است. در واقع، داور نمی‌تواند در مقام حل و فصل هر اختلافی که میان طرفین بروز کرده است قانون قرارداد را اعمال نماید. پاره‌ای مسائل لزوماً تابع قانونی که طرفین انتخاب کرده‌اند نیست؛ مانند موردی که اختلاف بر سر صحت شرط ضمان مندرج در قرارداد است که – چنانکه گفتیم – تابع قرارداد طرفین نیست،^{۱۲۴} یا موردی که صحت قرارداد اصلی از جهت اهلیت یکی از طرفین دعوی مورد اختلاف است که آن هم تابع قانون قرارداد نیست. مسئله تأثیر حقوقی انتخاب قانونی که طرفین به‌عنوان قانون قرارداد برگزیده‌اند نیز مطرح است: داور باید بررسی کند که آیا طرفین اساساً مجاز بوده‌اند قانون انتخاب‌شده را بر قرارداد خویش حاکم کنند یا خیر؟ داور چگونه می‌تواند جواز انتخاب طرفین را بررسی کند بدون اینکه ابتدائاً به یک سیستم تعارض قوانین متوسل شود و با کمک آن قانون حاکم بر جواز انتخاب قانون قرارداد را معین کند؟

بدین ترتیب داور در چنین مواردی لاقلاً مکلف است راه حل مسئله مطروحه را در قانونی جز قانون قرارداد بیابد و برای این کار باید ابتدا از سد یک سیستم تعارض قوانین عبور کند تا به قانون حاکم بر اختلاف برسد. اما به چه سیستمی باید مراجعه کند؟

همانطور که گفتیم عده‌ای را عقیده بر این است که داور در جستجوی قانون حاکم بر اختلاف باید سیستم تعارض قوانین کشوری را مدنظر قرار دهد که طرفین خواه بطور صریح و خواه بطور ضمنی قانون آن

۱۲۴. اعتبار شرط ضمان، علی‌القاعده تابع قانون ملی ضامن است و نه قانون قرارداد و یا قانون ملی طرفین.

را بر قرارداد خویش حاکم کرده‌اند. در چنین حالتی، فرض بر این است که طرفین به سیستم تعارض این کشور مراجعه کرده‌اند و داور نیز باید این سیستم تعارض را برای یافتن قانون حاکم بر اختلافاتی که الزاماً تابع قانون قرارداد نیست، در تصمیم خود مورد استفاده قرار دهد.^{۱۲۵}

این نظریه همچون نظریه قبلی به دلایل عدیده‌ای بازتاب چشمگیری در آرای داوری نداشته است:

اولاً، اجرای نظریه مزبور مستلزم این است که قرارداد طرفین متضمن قانونی باشد که مستقیماً و یا بطور غیرمستقیم توسط طرفین انتخاب شده باشد. هرگاه طرفین چنین قانونی را در قراردادشان پیش‌بینی نکرده باشند، مراجعه به اراده طرفین و کشف قاعده تعارضی که راهنمای داور در انتخاب قانون حاکم بر اختلاف باشد، غیرممکن خواهد بود.

ثانیاً، قرارداد ممکن است تحت لوای یک قانون ملی قرار داده نشده باشد، بلکه طرفین آن را تابع ابزار حقوقی فراملی قرار داده باشند؛ ابزاری چون عرف و عادت تجاری بین‌المللی یا اصول کلی حقوق و یا حقوق بازرگانی فراملی.^{۱۲۶} در چنین قراردادی که مورد آن در عمل هم مشاهده می‌شود، به کدام قاعده تعارض باید مراجعه کرد؟

۱۲۵. مراجعه به داور به سیستم تعارض کشوری که قانون آن توسط طرفین به‌عنوان قانون قرارداد معین شده است، یا به تعیین همان قانون قرارداد منجر می‌شود و یا به تعیین قانونی غیر از قانون قرارداد. مثلاً هرگاه در قراردادی که تابع قانون فرانسه است شرط ضمانی گنجانده شده باشد که یک ضامن فرانسوی آن را امضاء و تعهد نموده است، اجرای سیستم تعارض قوانین کشور فرانسه در مورد صحت و یا بطلان شرط ضمان منتهی به اجرای قانون فرانسه – یعنی قانون ضامن – که قانون قرارداد نیز هست، می‌شود. برعکس، هرگاه مسئله اهلیت یکی از طرفین مطرح باشد که تابعیت فرانسوی ندارد، اجرای سیستم تعارض فرانسه در مورد صحت قرارداد از حیث وجود یا عدم اهلیت، منجر به تعیین قانون ملی طرف غیرفرانسوی خواهد شد که با قانون قرارداد – یعنی قانون فرانسه – متفاوت است.

۱۲۶. در مورد انواع ابزارهای حقوق فراملی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی، رک. به مقاله نگارنده به شرح منعکس در پانویس شماره ۶۹ این گفتار.

ثالثاً، از لحاظ منطق حقوقی نیز مشکل است که از انتخاب قانون کشور بخصوصی به عنوان قانون قرارداد و یا قانون داوری بتوان نتیجه گرفت که طرفین با انتخاب چنین قانونی قطعاً در نظر داشته‌اند قواعد تعارض قوانین همان کشور را نیز بر روابط خود و اختلافاتی که احتمالاً از آنها ناشی می‌شود، حاکم کنند. مثالی که پروفیسور گلدمن آورده است دلیل قاطع غیرعملی بودن نظریه مورد بحث است و ما آن را پایانبخش این مبحث قرار می‌دهیم:

«آیا عقلانی است که فرض شود یک فرانسوی که با یک انگلیسی قراردادی امضاء کرده و آن را تابع قانون انگلیس قرار داده، قصد داشته است در صورت بروز اختلافی در این مورد اهلیتش برابر قواعد تعارض انگلیس تابع قانون محل اقامت او باشد و نه برابر قواعد تعارض فرانسه تابع قانون ملی وی؟»^{۱۲۷}

مبحث سوم

استقلال داور در انتخاب قواعد تعارض

به دلایلی که در دو مبحث بالا بیان کردیم اجرای قواعد تعارض کشور مقرر داوری و یا کشوری که قانون آن به عنوان قانون قرارداد معین شده چندان عملی نیست. این است که پاره‌ای از مؤلفان بر ضرورت وجود یک سیستم مستقل تعارض قوانین، یعنی سیستمی که از سیستم‌های داخلی تعارض جدا است، تأکید نموده‌اند که در شناسائی آزادی و استقلال داور در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی خلاصه می‌شود.^{۱۲۸}

127. Goldman: Répertoire Dalloz. V⁰. Arbitrage, No. 47.

128. Goldman: "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé" (précité) p. 409.

این نظری است که کنوانسیون ژنو مورخ ۱۹۶۱ در ماده ۷ خود به این عبارت گنجانده است:

«... در صورت عدم قید حقوق حاکم بر قرارداد توسط طرفین، داوران قانون حاکم بر ماهیت دعوی را با مراجعه به قاعده تعارضی معین خواهند کرد که در هر مورد، مناسب تشخیص خواهند داد».

در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی به اینکه چه قواعد تعارضی باید مورد مراجعه داور قرار گیرد اشاره نشده و تنها قید شده است که داورها باید در این مورد «اصولی را که به نظر آنها متناسب می‌رسد اعمال نمایند».^{۱۲۹} همین قاعده در ماده ۷ کنوانسیون اروپائی مقرر گردیده است. ماده ۱۴۷۷ قانون جدید آئین دادرسی مدنی فرانسه نیز همین راه‌حل را پیش‌بینی می‌کند. و بالاخره مقررات کمیسیون دآوری آلمان شرقی به دیوان دآوری اختیار می‌دهد که حقوق حاکم بر اختلاف را، در صورت نبودن شرط خلاف در قرارداد، خود انتخاب و اعمال نماید.^{۱۳۰}

از نقطه نظر عملی نیز اغلب داورها این طرز تفکر را به مرحله اجرا گذاشته‌اند. در واقع، بخصوص در کشورهای غربی داوران بین‌المللی دیگر رعایت سیستمهای داخلی تعارض قوانین را ضروری تشخیص نمی‌دهند.^{۱۳۱} اما داوران که بدین ترتیب از آزادی قابل ملاحظه‌ای برخوردارند، در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی روش واحدی را دنبال نمی‌کنند. در اغلب موارد، داوران از اجرای یک سیستم تعارض واحد خودداری می‌کنند

۱۲۹. بند ۳ از ماده ۱۳ مقررات.

130. David: L'arbitrage dans le commerce international (précité), p. 473.

۱۳۱. برخلاف کشورهای سوسیالیستی که - چنانکه گفتیم - در آنها دآوری بین‌المللی در هر کشور تابع قانون داخلی این کشورها است و در صورت عدم تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی، داور مکلف به اجرای قانون محل دآوری است.

و به سیستمهای حقوقی متعددی که با اختلاف در رابطه هستند، مراجعه می‌نمایند. گاه مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای متبوع طرفین را، هر دو، مورد مشورت قرار می‌دهند و گاه به سیستمهای تعارض قوانین طرفین، داور یا داوران قضیه و نیز سیستم موجود در کشور محل دادگاه داوری مراجعه می‌کنند تا بدین ترتیب نشان دهند که این سیستمها تماماً به تعیین قانون واحدی که حاکم بر ماهیت دعوی است می‌رسند.^{۱۳۲} مزیت این روش در این است که داور آسان‌تر می‌تواند قانون حاکم بر اختلاف را به طرفین که بدین ترتیب قواعد تعارض کشورهایشان در رأی مورد استناد قرار می‌گیرد، بقبولاند. بعلاوه هریک از طرفین می‌تواند دفاعیاتش را براساس سیستم تعارض کشور خودش استوار نماید.^{۱۳۳}

در پاره‌ای موارد داور در تعیین قانون حاکم بر اختلاف به اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی متوسل می‌شود؛ اصولی که در سیستمهای تعارض قوانین کشورهای مختلف یا لااقل سیستمهایی که با اختلاف مطروحه نز داور رابطه مؤثر دارند، یکسان است. مثلاً این اصل که قانون حاکم بر قرارداد قانونی است که موضوعاً بیشترین رابطه را با قرارداد دارد، در همه سیستمهای داخلی تقریباً به یک صورت وجود دارد و بارها مورد عمل داوران بین‌المللی بوده است.^{۱۳۴} این روش تقریباً با روش قبلی یکسان است، زیرا در هر دو مورد داور به مطالعه و بررسی تطبیقی سیستمهای مختلف تعارض قوانین می‌پردازد تا از طریق این بررسی به نتیجه مطلوب، یعنی یافتن قانون واحدی که همه سیستمهای داخلی مرتبط با موضوع اختلاف متفقاً معین می‌کنند، برسد.

132. Cf. CCI. Sentence 2438 et 14341, Clunet 1976, 962 et s.

133. Van Houtte: op. cit. p. 298.

134. Cf. CCI. Sentence No. 2879, Clunet, 1979, 989.

روش سوم این است که داور بدون به کار گرفتن سیستمهای تعارض قوانین مستقیماً قانون حاکم بر ماهیت دعوی را تعیین و اجرا می‌نماید. در یک رأی داوری، داور رسیدگی‌کننده مقررات کنوانسیون مورخ ۱۹۵۶ لاهه راجع به قانون حاکم بر قرارداد بیع بین‌المللی را بدون مراجعه به سیستم تعارض داخلی کشورهای مرتبط با اختلاف، مورد استناد و عمل قرار داده است.^{۱۳۵} طرح تدوینی کشورهای بازار مشترک اروپا راجع به قانون قابل اجرای تعهدات قراردادی نیز اختیار داور به اجرای مستقیم قوانین آمره کشورهای ذینفع در قضیه مطروحه نزد داور را تأکید می‌کند، با این عبارت:

«حین اجرای کنوانسیون جدید، ممکن است به مقررات آمره هر کشوری که با امر متنازع‌فیه رابطه مؤثر داشته باشد ترتیب اثر داده شود، مشروط بر اینکه به موجب حقوق این کشور چنین مقرراتی بدون توجه به اینکه چه قانونی بر قرارداد حاکم است، لازم‌الاجرا شناخته شده باشند. برای تشخیص خصیصه آمرانه این مقررات نوع و موضوع و نتایج اعمال یا عدم اعمال آنها در نظر گرفته خواهد شد».^{۱۳۶}

رأی داوری شماره ۱۷۰۴ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی همین رویه را در پیش گرفته و مستقیماً قواعد آمره قوانین مرتبط با قرارداد را، بدون لزوم مراجعه به سیستم تعارض صلاحیتدار، قابل اعمال می‌داند.^{۱۳۷}

135. CCI, Sentence no. 2438. Clunet 1976, 969.

136. Projet de la CEE concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, II/120/79, art. 7 (cité par Van Houtte: op. cit. p. 299).

137. CCI. Sentence no. 1704. Clunet 1978. 977.

بدین ترتیب، داوری بین‌المللی چه از نقطه‌نظر حقوقی و چه از نظر عملی به سوی این فکر تمایل پیدا می‌کند که سکوت طرفین دعوی مبنی بر اجرای یک قانون معین درخصوص ماهیت اختلاف، قرینه بر قصد آنان به آزاد گذاشتن داوران به اعمال قانونی است که خود مناسب تشخیص خواهند داد. علمای حقوق نیز اکثراً به این فکر معتقدند.^{۱۳۸}

اما روشن است که این آزادی داوران را نمی‌توان به صورت مطلق قابل پذیرش دانست. در واقع، درست است که داور به حکم قرارداد طرفین تصمیم می‌گیرد و قرارداد می‌تواند در صورت سکوت بدینگونه تفسیر شود که طرفین با سکوت خود نظر بر این داشته‌اند که داور در اعمال سیستم حقوقی حاکم بر اختلاف آزاد گذارده شود، ولی - همانطور که قبلاً نیز اشاره کردیم - این بدان معنی نیست که داور بتواند به میل خود قانون حاکم بر ماهیت را تعیین و اعمال نماید. تصمیم داور باید باتوجه به جمیع جهات پرونده اتخاذ شود و معقول باشد. تصمیم مزبور در هر حال باید به صورتی اتخاذ شود که در مرحله اجرای رأی توسط قاضی با مخالفت مواجه نگردد؛ چیزی که ضرورتاً رعایت قواعد آمره کشورهای را که رأی با آنها ارتباط مؤثر دارد ایجاب می‌نماید. درست است که اغلب آرای داوری قبل از ارجاع به قاضی، توسط طرفین به مرحله اجرا در می‌آیند و یا لاقلاً با سازش طرفین در خارج از دادگاه کان لم یکن می‌شوند، ولی نباید فراموش نمود که رأی داوری با وجود تمام تفاوت‌هایی که با حکم قاضی دارد، در صورتی که فاقد شانس اجرا در دادگستری باشد، برای محکوم^{۱۳۹} فایده عملی در بر نخواهد داشت. برعکس، هرچه احتمال قابل اجرا بودن

138. Lalive: "Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige" (précite), p. 176; David: L'arbitrage dans le commerce international (précité), no 387, p. 472.

رأی در نزد قاضی بیشتر باشد، احتمال اجرای خود بخود آن توسط محکوم علیه نیز افزایش خواهد یافت.

این است که با حفظ شرط معقول بودن رأی داورى - که لزوماً به معنی مستدل بودن آن نیست - اصل آزادى و استقلال داور در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوى؛ در صورت عدم توافق طرفین، باید مورد تأیید قرار گیرد. طبیعت داورى که براساس اراده طرفین قرار گرفته است و تفاوت آشکار آن با دادرسی دادگاهی و دولتی که به طرفین تحمیل می شود، ایجاب می نماید که داور در کشف حقیقت و رفع اختلاف فیما بین دست بازتری داشته باشد.

نتیجه

گفتاری که از نظر گذشت نشان می دهد که تعیین سیستم حقوقی حاکم بر اختلاف مطروحه نزد داور بین المللی - چه از نظر شکلی و چه از نظر ماهوی - تا چه اندازه دشوار است. در واقع، برخلاف قاضی دادگستری که به لحاظ طبیعت وظیفه اش در صورت اختلاف و تردید بر سر قانونی که طرفین خواسته اند بر دعوى حاکم کنند همواره بنابر یک اصل کلی مورد قبول در سراسر جهان به قواعد تعارض کشور متبوع خود رجوع می کند، داور بین المللی به دلیل آنکه فاقد قانون محل داورى است و به نام هیچ دولتی حکم صادر نمی کند، نمی تواند قواعدی را که حقوق بین الملل خصوصی به معنی سنتی آن در اختیار قاضی گذاشته تا قانون حاکم بر امور متنازع علیه را بیابد، مورد استفاده قرار دهد. داور بین المللی حتی در مقام حل مسائل شکلی دعوى، آنجا که قاضی علی الاصول هیچگونه مشکلی ندارد و قانون خود را اجرا می کند، نمی داند - لاقلاً در ابتدای کار - کدام قانون را باید اجرا نماید. داور حتی نمی داند که آیا مکلف است یا قانون ملی را

اعمال کند و یا می‌تواند از چارچوب قوانین داخلی خارج شود و قواعد حقوق بین‌الملل (اصول کلی حقوق - حقوق بازرگانی فراملی) را بدون مراجعه به یک سیستم تعارض قوانین، درخصوص اختلاف مطروحه به مرحله اجرا درآورد؟

هرگاه طرفین دعوی در قرارداد خویش قانون حاکم بر اختلاف را معین کرده باشند، داور با مشکل چندانی مواجه نخواهد شد. در واقع، از آنجا که داور اقتدارش را از اراده طرفین می‌گیرد، بنابراین قانون قابل اجرا برای وی همان قانون پیش‌بینی شده در قرارداد است، خواه این قانون، قانون شکلی باشد و خواه قانون ماهوی. ولی در طول این گفتار دیدیم که اولاً طرفین همیشه قانون حاکم بر قرارداد داور و یا قانون ماهوی را معنی نمی‌کنند، ثانیاً تعیین قانون قرارداد تمام مشکل داور را حل نمی‌کند؛ زیرا پاره‌ای مسائل وجود دارند که حلشان از طریق مراجعه به قانون تعیین شده طرفین میسر نیست و داور لزوماً باید قانون دیگری را درخصوص آنها مورد مشورت قرار دهد.

این است که داور بین‌المللی در هر مورد - جز در مواردی که استثنائاً قرارداد پاسخ همه مسائل را که داور در جستجوی راه حل آنها است داده باشد - مجبور به تعیین قانونی است تا از طریق آن راه حل قضیه‌ای را که به داور او واگذار شده است، پیدا نماید، آنچه باقی می‌ماند این است که داور برای حل قضیه مطروحه به کدام قانون مراجعه خواهد کرد؟

از نقطه نظر تئوری محض، می‌توان قوانین گوناگونی را درخصوص موضوع مورد مشورت قرار داد: قانون دولت متبوع داور یا قانون دولتی که او در آن مقیم است یا قوانین دولت متبوع طرفین و یا محل اقامت آنها هرگاه قوانین مزبور میان آن دو مشترک باشد، قانون کشور متبوع قاضی

که نزد او در رأی به اجرا در خواهد آمد، قانون محل داوری، قانون قرارداد و جز آن.

هریک از قوانین فوق متضمن مزایا و معایبی است که به آن اشاره کردیم؛ اما از آنجا که داور بالاخره باید قانونی را در حل اختلاف اعمال کند - با فرض اینکه قرارداد ناقص است و راه حل اختلاف را صراحتاً بیان نمی‌کند - داور چاره‌ای ندارد جز اینکه از میان قوانین قابل اعمال یکی را معین و مسئله مطروحه را با توجه به مقررات آن حل و فصل نماید.

متأسفانه به دلیل سری نگه داشته شدن اغلب آرای داوری، هیچ محققى نمی‌تواند در مقام ارائه و بیان شیوه عمل داوران بین‌المللی بطور مطمئن اظهارنظر کند؛ اما از مجموعه آرائی که در نشریات تخصصی منتشر و در دسترس عموم گذاشته می‌شود - و ما نیز در حد امکان از آنها در این گفتار استفاده نمودیم - می‌توان پی‌برد که تا چه اندازه داوران بین‌المللی درخصوص تعیین قانون حاکم بر داوری به صورت ناهمگون و متشتت عمل می‌کنند.

در واقع، درخصوص هیچ مسئله‌ای نظریات ارائه شده از ناحیه داوران یکسان نیست، خواه مسئله در ارتباط با امور شکلی باشد و خواه در رابطه با ماهیت دعوی.

در مورد آئین داوری، طرز عمل داوران متفاوت است. بعضی‌ها مقررات حقوق بین‌الملل را در رفع اختلافات راجع به شکل رسیدگی صالح می‌دانند و پاره‌ای به قانون محل داوری مراجعه می‌کنند. عده دیگر ابتدا اراده طرفین را جستجو می‌کنند و براساس آن قانون شکلی حاکم بر اختلاف را معین و اعمال می‌نمایند، اما در صورتی که چنین قانونی از جانب طرفین معین نشده باشد، آنها قانون محل داوری را نسبت به مسئله مطروحه اجرا می‌کنند. این شیوه‌ای است که اکثر علمای حقوق از آن دفاع کرده‌اند

و اغلب آرای داوری موجود براساس آن صادر شده است. حقوق بین‌الملل نوشته - کنوانسیونهای بین‌المللی - نیز این طرز فکر را به صورت قانون بین‌المللی پیشنهاد می‌کند.

تشتت عقاید درخصوص مسائل ماهوی مطروحه در دعوای بین‌المللی نیز کمتر از آنچه در مورد مسائل شکلی دیده می‌شود، نیست. در مورد اینکه چگونه داور بین‌المللی قانون ماهوی حاکم بر اختلافات را معین می‌کند؛ عقاید گوناگونی ابراز شده است: اقلیتی مراجعه به قواعد تعارض کشور محل داوری را مجاز دانسته‌اند؛ عده‌ای قواعد تعارض کشوری را که قانونش به‌عنوان قانون قرارداد معین گردیده است اجرا می‌نمایند. اجرای قواعد تعارض محل داوری ناشی از تشبیه نادرست داور به قاضی دادگستری است که پیوسته قواعد تعارض کشور خود را اعمال می‌کند، حال آنکه داور که فاقد محل داوری به معنی حقوقی کلمه و در نتیجه فاقد قانون محل داوری است، مکلف نیست از قانون کشوری تبعیت کند که داوری در آن واقع می‌شود. در مورد نظر دوم نیز باید گفت که هیچ دلیلی وجود ندارد که طرفین، با تعیین قانون قرارداد خواسته باشند صلاحیت قواعد تعارض کشوری را که قانون آن به‌عنوان قانون قرارداد معین شده است، بپذیرند.

باتوجه به مراتب بالا این نظر اکثر مؤلفان را مبنی بر شناسائی آزادی عمل برای داوران بین‌المللی بر تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی - در صورت عدم قرینه‌ای بر اراده طرفین بر تعیین این قانون - باید مورد تأیید قرار داد. بدیهی است منظور از آزادی داور این نیست که او بتواند به میل خود هر قانونی را که حاکم بر اختلافات تشخیص می‌دهد، اعمال نماید. چنین تصمیمی به دلیل مخالفتش با نظم عمومی داخلی کشورها و حتی نظم عمومی بین‌المللی، در هیچ کشوری قابل پذیرش نخواهد بود. از طرف دیگر، داور نمی‌تواند تمام جنبه‌های روابط طرفین را با مراجعه به قانون

قرارداد ارزیابی کند. مسائلی نظیر اهلیت طرفین، تعیین اعتبار شرط ضمان پیش‌بینی شده و در قرارداد و امثال آن تابع قانون قرارداد نیست. رعایت قواعد آمره کشورهای که به نحو مؤثری با اختلاف مرتبط هستند نیز برای داور ضروری است، و الا رأی وی در هیچ کجا مورد قبول قرار نخواهد گرفت.

تحت شرایطی که بیان شد و با حفظ اصل احترام به اراده طرفین، به نظر ما داور بین‌المللی در مقایسه با قاضی دادگستری باید از استقلال و آزادی بیشتری در نحوه حل و فصل تعارض قوانین و نهایتاً حل اختلاف مطروحه نزد او برخوردار باشد.