

دکتر ریعا اسکینی



شوشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

تعارض قوانین

در

داوری تجاری بین المللی





پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



● 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 یک عنصر خارجی است، مورد توجه بسیار قرار دارد.^۱ رتال جامع علوم انسانی

علّت 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 به‌عنوان تنها وسیله حلّ و فصل اختلافات میان

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

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

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 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

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 قرارداد 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.

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 - پائیز 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 کشورها واقع نشده است؛ پاره‌ای آن را حتی

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

این آزادی اراده طرفین گاه می‌تواند تا آنجا پیش برود که حتی داور را از مراجعه به مقررات و قوانین داخلی کشورها برای حلّ و فصل اختلاف ارجاعی بی‌نیاز کند و به اصطلاح او را مأمور صدور رأی براساس انصاف نماید. این شیوه دآوری که در حقوق تطبیقی به «داوری براساس انصاف»^۸ موسوم است، در آن دسته از سیستمهای حقوقی داخلی که آن را پذیرفته‌اند^۹ غیرممکن نیست^{۱۰}، مشروط بر اینکه

در روابط میان دولتها و شرکتهای خصوصی خارجی پذیرفته‌اند (فرانسه)؛ گروهی آن را مطلقاً رد می‌کنند (اغلب کشورهای امریکای لاتین)؛ روش بعضی کشورها نیز دوپهلوی است، مثل الجزایر که بطورکلی دآوری بین‌المللی را پذیرفته ولی در بعضی زمینه‌ها، بویژه در مورد معاملات مربوط به نفت و استخراج آن، آن را نمی‌پذیرد. درخصوص کلّ موضوع رک. به:

Leboulanger: op. et loc. cit.

۷. به نظر می‌رسد که مطرح کردن اختلاف میان قاضی و داور به نحو فوق چندان هم درست نباشد. واقعیت این است که اقتدار قاضی و داور از یک منبع ناشی می‌شود و آن قانون است. آنچه آندو 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.

8. arbitrage selon l'équité

۹. از جمله کشورهایی که دآوری براساس انصاف را پذیرفته‌اند، علاوه بر ایران—مستبث از مواده ۶۵۷ و ۶۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی— می‌توان از سوئیس، هلند، رومانی، یوگسلاوی، کشورهای فرانسیسی زبان افریقائی، لبنان و مالزی نام برد.

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

طرفین در قرارداد خویش صراحتاً چنین اختیاری به داور اعطا کرده باشند.^{۱۱} اما آنجا که داورها مکلفند به موجب قانون تنها براساس حقوق موضوعه رأی صادر نمایند^{۱۲}، نمی‌توانند تصمیم خود را براساس چیزی جز قانون، رویه قضائی و عرف—در حدود قانون—و خلاصه آنچه نظام حقوقی یک کشور را تشکیل می‌دهد، استوار نمایند.^{۱۳} این است که آزادی اراده طرفین نمی‌تواند لزوم مراجعه 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 مناسبتهاهای مختلف—از جمله کامل نبودن قرارداد و یا سکوت و ابهام آن در خصوص یک مسئله خاص و یا لزوم رعایت قواعد آمره کشوری که داوری در آن جریان دارد^{۱۵}، و

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

۱۲. در کشورهای انگلیس و مشترک المنافع 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 داوری محسوب نمی‌شود. در خصوص این موضوع رک. به:

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

۱۳. باید اذعان نمود که حتی داوری که از ناحیه طرفین مأمور می‌شود تا تنها براساس انصاف نظر دهد نمی‌تواند به سیستمهای حقوقی کشورها اعتنائی نکند. چنین داوری 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.

۱۴. مثلاً ماده ۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌کند: «مقررات عهدی که برطبق 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 داوری در آنجا جریان دارد استماع شهادت شهود با سوگند را توسط اشخاص خصوصی—داوران—ممنوع نکرده باشد.

امثال آن - ناچار به در نظر داشتن قوانین داخلی و مجبور به مراجعه به قواعد تعارض قوانین است.

لزوم مراجعه داور بین المللی به سیستم تعارض قوانین در حلّ و فصل امر متنازع فیہ هنگامی آشکار می شود که طرفین اساساً قانون حاکم بر دعوی را معین نکرده باشند و هیچ قرینه ای برای تعیین آن در قرارداد وجود نداشته باشد. بدیهی است داور، همچون قاضی، مجبور است به تعیین قانون حاکم بر امر متنازع فیہ مبادرت نماید. می دانیم که در مقام حلّ چنین مشکلی روشهایی که در سیستمهای حقوقی مختلف به منظور جستجو و یافتن قانون صالح دنبال می شود، یکسان نیست. داور برای یافتن قانون حاکم بر مسئله ای که او را مشغول کرده است، چه عکس العملی باید از خود نشان دهد؟ به عبارت روشن تر، 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 اشاره ای به قانون حاکم بر ماهیت دعوی ندارد، و فرض کنیم قرارداد، در عین عدم پیش بینی قانون صالح، متضمن شرطی مبنی بر رجوع اختلافات احتمالی به داوری سوئیس است. خریدار برزیلی مدعی می شود که برای تعیین حدود مسئولیت فروشنده آلمانی قانون صالح، قانون برزیل است. برعکس، فروشنده معتقد به مراجعه به حقوق آلمان می باشد. حقوق هر دو کشور آلمان و برزیل محلّ اجرای قرارداد را ملاک تعیین قانون حاکم می دانند، در حالیکه قانون سوئیس قانون صالح را قانون کشور محلّ اقامت متعهد تعهدی که نوع و ماهیت قرارداد را معین می کند^{۱۶} و در عقد بیع انتقال مالکیت میب

16. prestation caractéristique

است^{۱۷} محسوب می‌دارد. اجرای سیستم تعارض اول منجر به صلاحیت قانون برزیل می‌شود با فرض اینکه محلّ اجرای قرارداد برزیل است، و حال آنکه سیستم تعارض سوئیس - یعنی محلّ داوری - منتهی به تعیین قانون آلمان که اقامتگاه فروشنده در آنجا واقع است می‌گردد. داوری که در سوئیس به قضیّه مطروحه رسیدگی می‌کند، براساس کدام سیستم تعارض، قانون حاکم بر امر متنازع فیّه یعنی میزان مسؤولیت 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، باز هم مسئله تعارض قوانین منتفی نخواهد بود، زیرا گاه موضوعاتی نزد داور مطرح می‌شود که حلّ 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 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 محلّ 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

۱۷. 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 محلّ اقامت فروشنده برای تعیین حدود مسؤولیت وی به خاطر عدم تحویل بموقع کالا باید مورد مشورت 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». Rec. des Cours de L'Acad. dr. int., 1984, III, 377.

ژنو و تحت ریاست پروفیسور سوسرہال^{۲۲} حقوقدان سوئسی صورت گرفت،
اتفاق افتاد.^{۲۳}

در قرارداد منعقدہ میان طرفین، ارانہٴ راه حلّ پارہ ای مسائل بہ قانون عربستان سعودی محوّل شدہ بود و برای مسائلی کہ در صلاحیت قانون عربستان سعودی نبود، مقرر گردیدہ بود کہ قانون حاکم قانونی است کہ «دادگاہ داوری صالح خواهد دانست». بدین ترتیب، وظیفہٴ دادگاہ داوری این بود کہ مشخص کند اولاً چہ مسائلی خارج از حوزہٴ عمل قانون عربستان سعودی است، ثانیاً مسائل خارج از حدود صلاحیت قانون کشور اخیر تابع چہ قانون دیگری خواهد بود.

همانطور کہ ملاحظہ می شود وظیفہٴ داور بین المللی در تعیین قانون حاکم بر اختلافی کہ بہ او واگذار شدہ، ہم از نظر تئوری و ہم از لحاظ عملی، حائز اهمیت است و باید مورد مطالعہ و بررسی قرار گیرد. حال سؤال این است کہ داور بین المللی، در حلّ و فصل اختلافات ناشی از معاملات تجاری باید بہ کدام قانون مراجعہ نماید با فرض اینکہ قرارداد، بہ عنوان قانون طرفین اختلاف، هیچگونہ راه حلّی در خصوص مسئلہٴ مورد نزاع ارانہٴ نمی دہد؟ بہ عبارت روشن تر، پرسش این است کہ آیا داور باید بہ قانون ملی یکی از طرفین دعوی مراجعہ کند یا بہ قانون دولت متبوع خودش یا بہ قانون محلّی کہ داوری در آنجا جریان دارد و یا بہ قانون دیگر (قانونی کہ از نقطہ نظر حقوقی رابطہ ای با قرارداد ندارد)؟

این موضوعی است کہ در این گفتار بطور مختصر مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. اما پیش از آنکہ بہ اصل مطلب پردازیم، ذکر دو نکتہٴ اساسی ضروری بہ نظر می رسد:

22. Souser Hall

۲۳. رأی مورخ ۲۳ اوت ۱۹۵۸ کہ متن فرانسوی آن در مجلہٴ زیر چاپ شدہ است:
Rev. crit. dr. int. privé, 1963, p. 272.

اول آنکه در اینجا هدف این نیست که سیستمهای مختلف تعارض قوانین کشورها را به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار دهیم. به عبارت دیگر، نمی خواهیم ببینیم که فرضاً به موجب قواعد تعارض فرانسه، داور کدام قانون را انتخاب می کند و به موجب 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 بین المللی دارد، یعنی وقتی که داوری ناشی از روابط بین المللی تجار است^{۲۴} - داور در مقابل تعارض میان قوانین مختلفی که قابلیت اعمال بر موضوع مختلف فیه دارند، کدام قانون را انتخاب و اعمال می نماید.

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

از این تذکر دوگانه که بگذریم مسائل متعددی می تواند در جریان داوری مبتلابه داور بین المللی باشد که می توانیم آنها را به دو دسته مهم تقسیم نمائیم: دسته اول مسائلی را در بر می گیرد که به خود داوری مربوط می شوند، و دسته دوم مواردی هستند که به ماهیت دعوی

۲۴. داوری وقتی دارای جنبه بین المللی 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 می شود، 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) بین المللی است.

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 هر جا 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 قانون داوری

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

پرتال جامع علوم انسانی
مطالعات حقوقی

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. در واقع، جز در موارد بسیار استثنائی، قاضی هنگامی که یک دعوی بین‌المللی به او ارجاع می‌شود، قانون آئین

دادرسی کشور متبوع خود را برای حلّ مشکل مطروحه اعمال می‌کند. این قاعده که امروزه در سراسر جهان مورد عمل قرار می‌گیرد، چون براساس اصل استقلال و حاکمیت ملیّ 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 حلّ 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 علی القاعده تنها در آن دسته از دعاوی که خواسته خواهان از مبلغ معینی تجاوز نمی‌کند، امکان‌پذیر 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 به عنوان 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 به عنوان دلیل اثبات دعوی بپذیرد؟

هرگاه اثبات دعوی از طریق شهادت قاعده‌ای شکلی تلقی شود،

۲۵. به موجب 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 به موجب قانون اصلاح موادّی از قانون مدنی مصوّب 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 به عنوان دلیل مثبت دعوی، مورد قبول قرار گیرد. (در خصوص دلایل حذف ماده مورد بحث و کلاً محتوای قانون جدید، رک. به دکتر سید حسین عنایت: «بررسی قانون اصلاح موادّی از قانون مدنی مصوّب ۱۳۶۱/۱۲/۲»، «فصلنامه حق» دفتر یکم، فروردین-خرداد ۶۴، ص ۷).

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 به عنوان 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 به عنوان دلیل مثبت دعوی بپذیرد که میزان خواسته از مبلغی که قانون فرانسه به عنوان حداکثر معین نموده است تجاوز ننماید.

اما موقعیت داور کاملاً متفاوت است، زیرا مشکل تعارض قوانین و تعیین قانون صالح می‌تواند حتی در خصوص مسائلی 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 «محلّ 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 محلّ دادرسی»^{۲۷} نیز ندارد. روی این اصل، برخلاف قاضی، داور در تعیین قانون حاکم بر تشریفات داوری الزاماً به قانون محلّ داوری رجوع نمی‌کند. اما اگر داور لزوماً مکلف به رعایت قانون محلّ داوری نیست، پس چه قانونی را باید مراعات نماید؟

در خصوص این مطلب سه نظریه متذوت وجود دارد که هر کدام در میان حقوقدانان و دست‌اندرکاران داوری بین‌المللی طرفدارانی دارد. در این میان، عده‌ای طرفدار اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عمومی بر داوری‌اند، بعضی قانون محلّ داوری را صالح قلمداد می‌کنند و پاره‌ای نیز با توجه به اصل استقلال اراده، طرفدار قانون قرارداد یعنی قانونی هستند که

26. for

27. lex fori

طرفین برای قرارداد اصلی انتخاب نموده‌اند.

الف. صلاحیت حقوق بین الملل عمومی

این نظر که در صورت عدم انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین، آئین داوری تابع مقررات حقوق بین الملل عمومی است، نظریه‌ای مختص داوری تجاری بین المللی نیست، بلکه قبلاً نیز در حقوق بین الملل خصوصی در مورد قراردادها بطور کلی مطرح گردیده و موضوع بحث فراوان قرار گرفته است.^{۲۸}

مسئله این است که هرگاه داوری را مانند هر قرارداد دیگری از تابعیت قوانین داخلی خارج کنیم، باید آن را تحت لوای یک نظم حقوقی دیگر درآوریم، زیرا نمی‌توان داوری بین المللی 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

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

۲۴ نوامبر ۱۹۴۸ همین نظر را اتخاذ کرده است.^{۳۲} داور سوئسی 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 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 سوسر هال داور سوئسی در پرونده «آرامکو» ابراز گردیده که قبلاً اشاره 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 طرفی 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 مطرحه معرفی می‌کند. در واقع،

۳۲. متن رأی را در نشریه زیر می‌توان یافت:

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

33. droit pur

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

دادگاه داوری علاوه بر حقوق عربستان سعودی و ایالات متّحده امریکا به این سؤال که آیا حقوق کشور سوئیس - یعنی محلّ داوری - صالح است یا خیر، پاسخ منفی می دهد. استدلال دادگاه داوری بر این پایه قرار داشت:

«عربستان سعودی که یک کشور دارای حاکمیت است، با قبول داوری در سوئیس به هیچوجه از مصونیت قضائی خویش دست برنداشته 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 پاره ای حقوقدانان از این رأی^{۳۵} و اعتقاد آنان به اینکه چنین حکمی نمی تواند سابقه ای جدی برای داوری میان دولتها و اشخاص خصوصی بوجود آورد^{۳۶}، نظریه منعکس در رأی فوق بعداً به نحو چشمگیری در پرونده میان شرکت های «Texaco-Calasiatic» 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 می بایست قانون مزبور را بیابد. از طرفی ماده ۲۸ قرارداد فیما بین مقرر کرده بود که داور (واحد)، محلّ داوری را نیز خود معین خواهد نمود. داور رسیدگی کننده ابتدا این نظر را که داوری باید تابع یک قانون ملی و ترجیحاً قانون کشور محلّ داوری باشد، مردود اعلام می کند؛

35. Batiffol: «Le droit nitrenational 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 Ressortissants 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.

سپس با استناد آشکار به رویه اتخاذ شده در رأی «آرامکو» و به همان دلایل منعکس در رأی اخیر، چنین استدلال می‌کند که وقتی یکی از طرفین داوری، یک دولت دارای استقلال و حاکمیت است، اصل مصونیت قضائی 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 می‌گیرد که قصد آشکار طرفین بر این بوده است که داوری مطابق حقوق بین‌الملل عمومی صورت پذیرد.

نظریه ابراز شده در آرائی که مطالعه کردیم بر پایه محکمی استوار نمی‌باشد: اولاً معلوم نیست چگونه مقررات حقوق بین‌الملل عمومی که عمدتاً اختصاص به اختلافات میان دولتها در رابطه با اعمال حاکمیت آنان دارد، می‌تواند بر اشخاص خصوصی — از جمله شرکتهای خارجی — حکومت کند؛ ثانیاً بر فرض بتوان پذیرفت — چنانکه پاره‌ای علمای حقوق پذیرفته‌اند — که طرفین یک قرارداد خصوصی می‌توانند قرارداد خود را تحت لوای حقوق بین‌الملل عمومی قرار دهند — چیزی که بنا بر اصل جهانی حاکمیت اراده نمی‌توان از طرفین دریغ نمود — معلوم نیست حقوق بین‌الملل عمومی، لا اقل 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 می‌توان 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

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

اصول کلی آئین دادرسی و داوری» احاله دهیبه؛ چرا که اغلب این اصول داخل در حوزه حقوق فطری می باشد و حقوق فطری نیز همانطور که گفتیم پایه و اساس مطمئتی برای داوری تجاری بین المللی نمی تواند داشته باشد. این استدلال نیز که مصونیت قضائی دولت در قراردادهائی که یک طرف آن یک دولت و یا یک سازمان دولتی است مانع از آن است 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 می دهد، بطور ضمنی از استفاده از مصونیت قضائی خود صرف نظر می نماید، بویژه در قراردادهائی که موضوع آنها بر محور فعالیت های تجاری دور می زند.^{۳۹} به همین جهت اجرای احتمالی قانون محل داوری بر تشریفات داوری به هیچوجه نمی تواند ارتباطی به مصونیت قضائی دولت طرف قرارداد داشته باشد.^{۴۰}

ب. صلاحیت قانون محل داوری

به لحاظ اهمیت تعیین قانون حاکم بر آئین داوری، پاره ای از قوانین داخلی مواد خاصی را به این مشکل اختصاص داده اند. اینگونه

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 می توانست با اعتراض نسبت به رأی مزبور در محاکم قضائی سوئیس تقاضای بطلان آن را بنماید.

قوانین، قانون حاکم بر تشریفات داوری را یا قانون کشوری می دانند که داوری در آن جریان دارد، و یا قانون کشوری که رأی داوری در آن صادر می شود. 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 می باشد. 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 پاره ای از آرای خارجی را موکول به این می داند که آرای مزبور از نظر قانون محل صدور رأی قطعی شناخته شده باشند. اینچنین قوانینی البته نه تنها در کشوری که لازم الاجراء هستند باید مورد عمل قرار گیرند، بلکه لازم است تاحدودی در کشورهای دیگر نیز مدنظر باشند.^{۴۳}

علاوه بر قوانین داخلی، بعضی ابزارهای حقوقی بین المللی نظیر پروتکل ژنو مورخ ۱۹۲۳ - لاقبل به طور فرعی^{۴۴} - و نیز قطعنامه مؤسسه

۴۱. در انتقاد از این شیوه تقسیم بندی آرای داوری به داخلی و خارجی رک. به:

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 می شوند، قاضی کشور دیگر نمی تواند 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 می داند که در سرزمین این کشور صادر گردیده اند. داوری که رأی به نحوی با قانون این کشور ارتباط مؤثر پیدا می کند ناچار است رعایت مقررات قانون مزبور را بنماید، و الا رأی مؤثری صادر نکرده است.

۴۴. در خصوص پروتکل ۱۹۲۳ ژنو بعداً بیشتر صحبت خواهیم کرد.

حقوق بین الملل متخذه در آمستردام در سال ۱۹۵۷ قانون محلّ داوری را صالح و حاکم بر آئین داوری اعلام نموده‌اند.

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

«کشورهای مختلف، برحسب مورد، حقّ کنترلی را برای خود بر آرای داوری قائل‌اند. در این پرونده طرفین حین انعقاد قرارداد داوری قصد این داشته‌اند که داور رأی صادر کند که در مرحله کنترل 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 بین الملل عمومی خودداری ورزد و قانون محلی را بر 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، محلّ برگزاری داوری است.

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

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 entre 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.

اعتقاد را ابراز داشته‌اند. آقای کاون در عقیده خود تا آنجا پیش می‌رود که می‌گوید حتی اگر طرفین محلّ داوری را انتخاب نکرده باشند باز هم آئین داوری تابع قانون محلّی است که داوری در آنجا برگزار می‌شود. ۵۲

اما اجرای این نظریه در عمل چندان هم میسر نیست. اولاً هرگاه محلّ داوری صراحتاً معین نشده باشد، تعیین محلّ داوری و اجرای قانون آن بر داوری همیشه ممکن نخواهد بود؛ ثانیاً ممکن است قرارداد مقرر کرده باشد که داوری در محل‌های متعدّد صورت گیرد، بنابراین کدامیک از محل‌هایی که داوری در آن جریان خواهد یافت محلّ داوری محسوب می‌شود تا بتوان قانون آن را حاکم بر تشریفات داوری قلمداد نمود؟ بعلاوه در پاره‌ای موارد، داوری از طریق مکاتبه میان داوران و طرفین انجام می‌پذیرد؛ به عبارت دیگر، داوری اصلاً فاقد محلّ برگزاری است. گاهی نیز انتخاب محلّ داوری 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 داوری ندارد، مثل موردی که در اختلاف میان یک شرکت ایرانی و یک شرکت چینی، داوری 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 محلّ داوری الزاماً اجرای قوانین شکلی سوئد را ایجاب می‌نماید. از این ایرادات گذشته، عیب اساسی نظر اخیر این است که

۵۲. استدلال داور این است که «در این پرونده، طرفین توافق کرده‌اند که هرگاه برای تعیین محلّ داوری میان آنان توافق حاصل نشود، داور در انتخاب محلّ داوری آزاد خواهد بود. بدین ترتیب طرفین با قبول قبلی محلّی که داور به نمایندگی از طرف آنان انتخاب خواهد کرد، پذیرفته‌اند که به مقررات قانون داوری 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، داوری تحت حاکمیت قضائی کشوری خواهد بود که تشریفات داوری در آنجا جریان دارد».

داوری بین‌المللی را در ردیف دادرسی به معنی داخلی و دولتی آن قرار می‌دهد، و حال آنکه داوری قبل از هر چیز حاصل اراده طرفین و منشأ آن قرارداد فیما بین آنها است.

این است که اجرای قانون محلّ 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 محلّ دادرسی»^{۵۳} در مورد آنها چیزی جز قرارداد طرفین نیست. محلّ 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 حلّ 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، قانونی که می‌تواند غیر از قانون محلّ داوری باشد؛ ثانیاً

53. lex fori

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

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 شروط 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 تدوین شده در «بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه» (B.I.R.D.)^{۵۹} همگی به این نظر که قانون

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.

56. 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.

57. درخصوص این کنوانسیون رک. به:

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

58. 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.

59. این کنوانسیون که به کنوانسیون واشنگتن نیز معروف است همراه با توضیح در «مجله» ←

حاکم بر تشریفات داوری، قانون انتخابی طرفین است مهر تأیید گذارده اند.

این نظریه در بین داوران بین المللی نیز طرفداران زیادی دارد و می توان گفت که در عمل بیشترین آرای داوری را به خود اختصاص داده است، تا آنجا که می توان تأیید کرد که در حال حاضر «در مورد آئین و قواعد شکلی داوری جنبش نیرومندی در جهت غیرمحلّی کردن^{۶۰} مقررات حاکم بر داوری ابراز وجود می کند تا قواعد مزبور را از حیطه اقتدار حقوقهای داخلی برهاند».^{۶۱} از جمله آرائی که در آنها این نظر اعمال شده رأی شماره ۲۵۲۱ دادگاه داوری اتاق بازرگانی بین المللی صادره از ژنو است. در این رأی داور رسیدگی کننده با وجود آنکه محلّ 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} 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 بین المللی

→ حقوقی»، شماره ۶، بخش اسناد بین المللی، 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 States and nationals of other States», Rec des Cours, Acad. dr. int. La Haye, 1972, II, p. 331-410.

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 from The Law of its Country of Origin», Int, Comp.L. q. 1981, 358.

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

63. Liamco Libyan- American Oil Company.

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

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

انطباق دارد، باید مورد تأیید قرار گیرد. اما هرگاه طرفین 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 محلّ داوری را حاکم بر تشریفات داوری معرفی کرده‌اند^{۶۵} جز در مورد کنوانسیون واشنگتن که اشاره‌ای به قانون محلّ داوری یا قانون دیگری جز قانون انتخاب‌شده طرفین نمی‌کند.^{۶۶} علاوه بر این، مؤلفان بسیاری نیز از این عقیده استقبال کرده‌اند.^{۶۷}

پاره‌ای از آرای داوری نیز همین نظر را منعکس نموده‌اند.

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 محلّ داوری را در نظر بگیرد. برعکس، عده‌ای دیگر معتقد به رجحان اراده طرفین بر مقررات قانون محلّ داوری بودند. اکثریت مؤلفان و داوران این عقیده دوم را دنبال می‌کردند و دخالت قانون محلّ 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 محلّ داوری الزاماً به معنی تعیین قانون حاکم بر آئین داوری و نتیجتاً ردّ 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 l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage commercial international de droit privé», Mel. Maury, 1960, t. 1, 273.

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 چهارچوب مقررات اتاق بازرگانی بین المللی بطور صریح این عقیده را تأیید نموده است.^{۶۸}

در پرونده اخیر محلّ 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. با توجه به اینکه داوری در پاریس برگزار می‌شود این قواعد آئین داوری فرانسه است که باید برای حلّ 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 بین الملل خصوصی یا مطابق اصول کلی حقوق^{۶۹} و یا حقوق بازرگانی فراملی به انجام رساند. پروفیسور داوید استاد فرانسوی اتخاذ این نظر را موجب حلّ بسیاری از مشکلات ناشی از مراجعه الزامی به یک سیستم حقوقی داخلی می‌داند. این مؤلف می‌گوید:

«اگر این نکته را بپذیریم که در داوریهای بین المللی، آئین داوری تابع قرارداد طرفین است و در صورت عدم صراحت قرارداد،

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

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

تشریفات به نحوی برگزار می شود که داور صلاح می داند، خود را از قید بسیاری از دشواریها خلاص خواهیم کرد.»^{۷۰}

واقعیت این است که جمع کثیری از حقوقدانان بر این عقیده پای بند نیستند، ولی در عمل عده ای از داوران آرای خود را بر پایه آن استوار نموده اند. 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 می کند:

«با توجه به اینکه قرارداد داوری فاقد هرگونه قیدی درخصوص قانون حاکم بر تشریفات داوری است، این خود داور است که باید در مورد قانون حاکم بر داوری اظهار نظر کند و الزاماً مکلف به رعایت قانون آئین داوری محلّ داوری نیست.»

بدین ترتیب، داور یاد شده به جای قانون محلّ داوری—یعنی قانون کانتون «وود» —قانون داوری دولت فدرال سوئیس را به مرحله اجرا درمی آورد.

بی تردید این نظر که داور باید در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری آزاد گذاشته شود، می بایست 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 نماید بدون اینکه ملاکهای احتمالاً موجود در قرارداد مزبور را در نظر گرفته باشد. مسلماً رأیی که داور 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 مستنداً^{۷۱}، با توجه به ملاکهای موجود در

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

۷۱. این عقیده که رأی داور باید مستدل باشد، لاقلاً در مورد داوری که براساس حقوق اظهار نظر می کند، غیرقابل تردید است. برعکس، در مورد داوری براساس انصاف، عقیده رایج بر این است که داور الزامی به صدور رأی مستدل ندارد، هر چند در عمل صدور رأی داوری بدون استدلال امکان پذیر نیست.

قرارداد و بویژه با توجه به اشاره قرارداد به کشوری که داوری در آن جریان خواهد یافت یا اشاره آن به صلاحیت یک مؤسسه داوری—مانند انجمن داوری امریکا—و ملاکهای دیگر چون زبان قرارداد، پول قرارداد، محل اجرای قرارداد و غیره اتخاذ نماید. بعلاوه داور نمی تواند 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 می کند. و بالاخره توجه داور باید به این نکته اساسی معطوف باشد که تنها در صورتی می تواند 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 می شود، محق خواهد بود به لحاظ مخالفت رأی مزبور با نظم عمومی از اجرای آن خودداری کند.

این نکته ای است که اکثر مؤلفان به آن اذعان دارند: در داوریه های بین المللی، قانون داوری^{۷۲} باید قانونی باشد که طرفین انتخاب کرده اند. در صورت عدم صراحت قرارداد، داور می تواند 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 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 می کند.^{۷۳}

72. lex arbitri

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

«...l'arbitre, dans la procédure qu'il suivra devra être guidé, dans la mesure du possible, par «les principes généraux» contenus dans le projet de Convention sur la procédure arbitrale, élaboré par la Commission du droit international des Nations-Unies en 1958».

مبحث دوم قانون حاکم بر ماهیت داوری

در هر یک 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 حالیکه 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 مطرح می‌شود پاسخهای متفاوتی ارائه می‌دهند. به همین دلیل لازم است در هر مورد معلوم شود هر یک 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 داوری است که باید مانند هر قرارداد دیگری شرایط اساسی صحت معاملات را داشته باشد. این شرایط

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 کانتونهای این کشور نیست، مثلاً در زوریخ داوری تابع مقررات قانون آئین دادرسی کانتون اخیر است.

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 قانون 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 هر یک از آنان دایر بر ارجاع اختلاف به داوری است. مسئله بطور دقیق‌تر این است که آیا طرفین حق 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 سؤال 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)

می‌باشد، مطرح شده است. در پاره‌ای از کشورها به موجب قانون، دولت یا اشخاص دولتی برای حلّ اختلافات خود با اشخاص دیگر حقّ مراجعه به داوری را ندارند. نمونه بارز از این دست، کشورهای امریکای لاتین است که در آنها نظریهٔ «کالوو» مورد عمل می‌باشد. به موجب این نظر، هر نوع شرکت خارجی که در این کشورها مشغول فعالیت می‌شود، 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 می‌پذیرد.^{۷۶} برعکس، پاره‌ای کشورهای بر قبول اهلیت دولت و مؤسسات دولتی وابسته به آن برای انعقاد قرارداد داوری مّهر تأیید گذاشته‌اند. در میان این کشورها می‌توان از اغلب کشورهای عربی^{۷۷} و اروپای شرقی^{۷۸} نام برد که قسمت مهمّی از قراردادهای بین‌المللی در چهارچوب روابط آنها با کشورهای دیگر انجام می‌گیرد. در پاره‌ای دیگر از کشورها—همچون ایران—قانونگذار رفتار دوگانه‌ای را در برخورد با داوری در پیش گرفته است. این کشورها داوری را بطور کلی قبول دارند ولی مراجعه به آن را برای حلّ اختلافات میان دولت و شرکتهای خارجی موکول به تصویب و اجازهٔ پارلمان می‌کنند.^{۷۹}

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

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.

۷۹. به موجب اصل یکصدوسی 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

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

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 می‌کند». 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 دولتی در ارجاع اختلافات به داوری ممنوع بودند. مطابق ماده ۲۹ آییننامه معاملات دولتی مصوب کمیسیون قوانین دارائی مجلس شورای ملی مورخ ۱۳۳۴/۲/۱۰ در هیچیک از پیمانها نمی‌بایست حق ارجاع به داوری قید می‌گردید. 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 بیحقی شده 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 اکراره داشته‌اند. تصویبنامه‌های متعددی در گذشته از طرف دولت صادر گردیده است که در قراردادهائی که وزارتخانه‌ها با اشخاص یا مؤسساتی که شخصیت حقوقی دارند، منعقد می‌نمایند، قید ارجاع اختلاف به داوری موقوف به صدور تصویبنامه از طرف هیئت وزیران خواهد بود (در این خصوص رک. به دکتر صادق برزگر: «حکمیّت بازرگانی بین المللی»، نشریه کانون سردفتران، سال هشتم، شماره ۴ و ۵، تیر و مرداد ۱۳۴۳، ص ۴۹ به بعد).

دادگاه داوری تعیین خواهد شد. این عقیده بویژه در قطعنامه آمستردام متخذ از طرف مؤسسه حقوق بین الملل عنوان شده است که ماده ۵ آن بطورکلی اعتبار شرط داوری راتباع قانون محل دادگاه داوری می داند.

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 می کند، و حال آنکه همانطور که گفتیم - تشبیه وظیفه قضات که اراده خود را از حاکمیت کشوری که در آن به دادرسی مشغولند، می گیرند با کار داوران که به موجب اراده طرفین صالح به حل اختلاف شده اند، 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 بطورکلی 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 می باشد.^{۸۰} مراجعه به داوری در صورتی برای طرفین مجاز است که قانون متبوع قاضی که ذاتاً صالح به رسیدگی به دعوی مطروحه است، آن را برای همگان ممکن کرده باشد؛ چرا که مسئله داوری به سازمان قضائی هر کشور مربوط می شود. مثلاً فرض می کنیم 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 ایرانی - که فرضاً اجازه مجلس را اخذ نکرده است - به داوری درست بوده یا خیر، و به عبارت دیگر، برای آنکه معلوم شود قرارداد داوری صحیح است یا باطل، قاضی انگلیسی

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

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 منعقدۀ میان طرفین ایرانی و فرانسوی را صحیح می‌داند، و الا آن را باطل اعلام می‌نماید.

این نظر دوم، به همان دلایلی که برای ردّ 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 محلّ داوری است، اجباری به رجوع به قانون 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 نظریه ای 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 محروم شده بودند، عدم اهلیت تلقی نکرده و آن را تابع قانون قرارداد دانسته و نه قانون شخصی که قاعدتاً اهلیت تابع آن است. به کلام دیوان مزبور:

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

«ممنوع بودن دولت و مؤسسات دولتی از مراجعه به داوری، 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 منطبق حقوقی درست به نظر می‌رسد و نه از لحاظ عملی قابل قبول است. از نظر منطبق 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 برای تشخیص اینکه دولتی حق مراجعه به داوری دارد یا خیر، به قانونی جز قانون خود وی مراجعه نماییم. از لحاظ عملی نیز تعیین اختیار دولت طرف معامله در ارجاع اختلاف به داوری، مخالف

82. Goldman: 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. در خصوص مفهوم اقامتگاه در حقوق انگلیس رک. به:

Bentwich: op. cit., loc. cit.

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 محوّل گردد.

این است که تعیین وجود یا عدم اهلیت هر یک از طرفین را برای انعقاد قرارداد داوری باید — همانطور که در مورد هر قرارداد دیگری صادق است — علی الاصول 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. 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 صورتیکه طرف فرانسوی بتواند ثابت کند از اینکه قانون شخصی طرف معامله او را صغیر قلمداد می‌کرده، بی اطلاع بوده است، می‌تواند از ابطال معامله — که طرف خارجی به بهانه صغیر بودن خود به موجب قانون شخصی 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 فروش فرانسوی حقاً نمی‌توانسته است «قوانین ملت‌های

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 گنجانند مگر در مورد قراردادهای راجع به مدیریت، آن هم در صورتیکه دستمزد سالانه مدیر حداقل ۵۰,۰۰۰ فرانک باشد.^{۹۱} در فرانسه، برعکس، گنجاندن 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 صورتیکه موضوع اختلاف به موجب قانون دولت متبوع او غیرقابل ارجاع به داوری باشد از اجرای رأی داوری که مخالف آن عمل نموده است،

مختلف را بشناسد» و همینکه «با احتیاط» عمل کرده و در عقد قرارداد «حسن نیت» بخرج داده کافی است: →

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

90. Halsbury's 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 محلّ اجرای رأی داوری است که صالح است بگوید آیا اختلاف طرفین قابل ارجاع به داوری هست 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 - محلّ اجرای قرارداد - قابل ارجاع به داوری نیست، از قبول درخواست اجرای رأی داوری خودداری کرده است.^{۹۵}

این نظر البته اغراق آمیز است، چرا که هرگاه اجرای رأی داوری به هیچوجه 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 داوری نمی داند، باید از صدور اجرائیه خودداری کند. مثلاً به موجب ماده ۶۷۵ قانون آئین دادرسی مدنی ایران، مراجعه به داوری در اختلافات ناشی از ورشکستگی ممنوع است. حال اگر از قاضی ایرانی تقاضای صدور اجرائیه در مورد یک رأی داوری 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 داوری قبول ندارد، از اجرای رأی داوری خارجی خودداری کند. گرچه مفاد ماده مذکور جنبه آمرانه دارد، ولی نادیده گرفتن آن از ناحیه قاضی ایرانی در

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

94. Appel Liege, 12 mai 1977. IT 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 خانمه پیدا کرده است یا خیر؟ قاضی رسیدگی کننده به درخواست اجرای رأی داوری صادره درخصوص اختلاف مطروحه، با استناد به قانون ۱۹۶۱ راجع به اعطای امتیاز به شرکتهای خارجی در بلژیک، موضوع را قابل داوری ندانسته و از اجرای رأی داوری خودداری کرده است.

امری که جنبهٔ 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 مسئلهٔ جواز یا عدم جواز انتقال حق تابع قانونی است که حدود حق مزبور را معین می‌کند، این نکته که آیا شخص می‌توانسته تصمیم در خصوص 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 صرف نظر می‌کند، چیزی که در مورد انتقال حق مصداق دارد؛ ثانیاً به موجب حقوق

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

۹۷. Mazger: op. cit., p. 248.

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

۹۹. مادهٔ ۶ کنوانسیون.

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

داخلی اغلب کشورهای جهان،^{۱۱۱} قرارداد داوری^{۱۱۲} 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 قانون فرانسه باشد، داور رسیدگی کننده 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 اظهار نظر نمودند:

«... دادگاه داوری خود را صالح به رسیدگی در ماهیت دعوی می‌داند، چرا که عدم و یا نقصان رضای^{۱۱۳} مورد ادعای شرکت خواننده ارتباطی به شرط داوری ندارد و به قرارداد اصلی مربوط است.»^{۱۱۴}

مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی^{۱۱۵} و قانون نمونه دربارهٔ داوری تجاری بین‌المللی مصوب کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل^{۱۱۶} نیز همین راه‌حل را برگزیده‌اند؛ راه‌حلی که پاره‌ای داوران از آن به‌عنوان یک «قاعدهٔ ماهوی حقوق تجارت

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

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

103. default ou vice de consentement

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

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

بین الملل» 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 بین المللی پیش بینی نموده است. این قوانین می‌توانند به عنوان 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.



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، نمی‌بینند. در یکی از آرای داوری صادره در چهارچوب مقررات اتاق بازرگانی بین المللی چنین می‌خوانیم:

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

«برای ارزیابی این مسئله که آیا اقدام متعذله به اندازه‌ای مهم و خطرناک^{۱۰۸} هست که تعهد 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 بموقع نسبت به پرداخت مبالغی که می‌بایست به موجب قرارداد پردازد، اقدام نکرده است. داور رسیدگی کننده 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 اظهار نظر قرار گیرد.

از نقطه نظر تئوری، هرگاه قرارداد به حد کافی جزئیات مسائلی را که ممکن است در آینده میان طرفین بروز کند پیش بینی کرده، معین

108. grave

109. CCI, sentence, no 283, Clumek 1977, 1950-951.

۱۱۰. توضیح قاعده بالا این است که علی‌الاصول هر یک 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 بائع رد کند. حال اگر یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند، طرف مقابل خواهد توانست تا زمانی که طرف متمتع 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.

نماید که هر مسئله‌ای باید براساس چه قانونی ارزیابی شود، اشکالی پیش نخواهد آمد. در واقع، به موجب 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 حلّ 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. بطورکلی این سیستم حقوقی همان قانون حاکم بر ماهیت دعوی است.

بعضی از داوران به بهانه اینکه قرارداد بین‌المللی را نباید در چهارچوب قواعد دست و پاگیر یک حقوق داخلی محبوس 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 منعقد شده میان طرفین و جستجوی اراده واقعی آنان چیز دیگری نمی‌باشد، معلوم نیست اجرای یک قانون ملی که طرفین مسلماً مدنظر نداشته‌اند، چه فایده‌ای دربردارد...»^{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؛

III. CCI, sentence no 2375. Clumet 1976, 973-974.

ولی داوران صادرکننده 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 له تعلق می‌گیرد اظهار نظر کنند، مجدداً به لزوم اجرای یک قانون ملی در خصوص تعیین میزان بهره بازگشته، قانون متعهد له را در این خصوص لازم‌الرعایه 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 قانون 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 کشورهای است که رأی به‌نحوی مؤثر با آن ارتباط پیدا می‌کند. رأی داوری شماره ۲۵۵۹ اتاق بازرگانی بین‌المللی بصراحت چنین اعلام می‌دارد:

«انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین دعوی برای دادگاه [داوری]

لازم‌الرعایه 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

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.»

112. C.I., 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.»

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 برطبق 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 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 هر یک 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 هر یک 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 به موجب آن حل شود، دست یابد؟

از نقطه نظر تئوری محض، در قبال سؤال فوق می توان پاسخهای متعددی ارائه نمود؛ می توان 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؛ می توان تصور نمود که طرفین دعوی در حالیکه قانون حاکم بر اصل دعوی را انتخاب نکرده اند، قواعد تعارض قابل اعمال در حل اختلافاتشان را انتخاب کرده اند، و در این صورت، قواعد مزبور را صالح دانست.

اقا در عمل، هیچیک از این راه حلها به دلیل ایرادهای آشکاری که به هر یک از آنها وارد است مورد توجه قرار نگرفته اند. ۱۱۴ علمای حقوق و داوران بین المللی نظرات دیگری عنوان نموده اند که عمدتاً بر محور سه فکر دور می زنند: صلاحیت قواعد تعارض محل داوری؛ صلاحیت قواعد تعارض کشوری که قانون آن به عنوان قانون حاکم بر قرارداد معین شده است؛ و بالاخره استقلال و آزادی داور در انتخاب قواعد تعارض حاکم بر اختلاف.

نظرات مزبور را در سه مبحث مورد بررسی قرار می دهیم.

114. Cf. Lalive: «Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse». Rev. crit. 1976, no 3.

مبحث اول

اجرای سیستم تعارض قوانین محلّ داوری

به موجب یک نظریه کلاسیک، داور بین المللی 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 راه حلی را پیشنهاد می کند که طبق اصول قدیمی حقوق بین الملل خصوصی مورد عمل قضات دادگستری است.

یکی از معروفترین طرفداران این نظریه پروفیسور سوسر هال حقوقدان سوئسی است که در گزارش خود به مؤسسه حقوق بین الملل 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 جنبه های داوری بین المللی را تابع قانون محلّ داوری می داند بجز شکل قرارداد داوری یا شکل توافق طرفین بر سر تعیین داوران — که در مرحله ای بعد از انعقاد قرارداد داوری صورت می گیرد — و یا شکل صلحنامه ای که میان طرفین و بوسیله آنها امضاء می شود، که مؤلف مزبور در مورد آنها مطابق قاعده جهانی «Locus regit actum»^{۱۱۶}، قانون محلّ انعقاد را صالح قلمداد می کند.

به نظر پروفیسور سوسر هال:

«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 محدوده ای که قواعد تعارض کشور محلّ دادگاه داوری معین می کنند مجاز نیست؛ قواعدی که به عنوان

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

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

قانون مقرّ دادگاه، وسعت استقلالی را که می‌توان در این زمینه برای طرفین شناخت، معین خواهد کرد. هرگاه طرفین در مورد سیستم حقوقی قابل اجرا توافقی نکرده باشند، داوران در مقام حلّ اختلاف میان طرفین، به قواعد تعارض کشور محلّ دادگاه داورى رجوع خواهند نمود.»^{۱۱۷}

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

این نظریه به همان دلایلی که قبلاً هنگام بحث درخصوص قانون حاکم بر آئین داورى بیان نمودیم، به آسانی قابل اجرا نیست و در هر حال بطور مطلق قابل قبول نمی‌باشد. همانطور که گفتیم محلّ داورى در همه قراردادهای صراحتاً معین نمی‌شود، یا محلّ معین است ولی واحد نیست. در چنین حالتی معلوم نیست قانون کدامیک از محلهای تعیین شده مورد نظر طرفین بوده است. ممکن است داورى اصلاً محلّ 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

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 داورى 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 حاکم بر ماهیت دعوی تنها در صورتی مؤثر خواهد بود که حقوق بین الملل خصوصی کشور محلّ داورى، این انتخاب را به رسمیت بشناسد.

به عنوان قانون محلّ داوری غیر قابل توجیه است.

بیهوده نیست که نظریهٔ مورد بحث در عمل چندان طرفداری ندارد و می توان تأیید کرد که در مجموع، «داوران بین المللی تمایلی به مراجعه به قواعد تعارض قوانین محلّ داوری ندارند».^{۱۱۹}

با وجود این، نمی توان اجرای قانون محلّ 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 محلّ داوری توسط خود طرفین که بگذریم — که در این صورت، قانون محلّ داوری و قانون قرارداد قانون واحدی خواهند بود — در صورت فقدان هرگونه قرینه ای در قرارداد که حاکی از ارادهٔ طرفین در تعیین قانونی جز قانون محلّ داوری باشد، داور خواهد توانست لا اقل بطور فرعی به قواعد تعارض محلّ وقوع داوری مراجعه نماید، بویژه هرگاه که این تنها راه حلّ عاقلانه باشد؛ همچنین است وقتی که قانون محلّ وقوع داوری تصادفی نبوده و با قرارداد رابطه ای نیز داشته باشد^{۱۲۱}، یا وقتی که محلّ داوری می تواند در کناره قرائن دیگر، در تعیین قواعد تعارض مورد جستجوی داور نقش مؤثری ایفا نماید.^{۱۲۲}

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

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

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

۱۲۲. چنانکه در پروندهٔ «Alsing» چنین بود. دادگاه داوری در این پرونده حقوق بین الملل خصوصی کشور یونان را در خصوص اختلاف مطروحه اعمال نموده است. رأی داور بر قرائن متعددی استوار است از جمله اینکه طرفین دعوی یونان را به عنوان محلّ داوری انتخاب کرده بودند.

مبحث دوم

صلاحیت قانون قرارداد

جمعی از علمای حقوق بر این عقیده اند که داور بین المللی در صورت فقدان هرگونه قرینه ای بر اراده مخالف طرفین باید قواعد تعارض کشوری را مد نظر قرار دهد که قانون آن به عنوان قانون قرارداد معین شده است.^{۱۲۳}

در نظر اول چنین می نماید 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 دیگر، آیا وقتی که داور می تواند مستقیماً مقررات قانون قرارداد را بر اختلاف اجرا کند، مراجعه به قواعد تعارض قوانین امر بی فایده ای نیست؟

جواب این سؤال البته منفی است. در واقع، داور نمی تواند در مقام حل و فصل هر اختلافی که میان طرفین بروز کرده است قانون قرارداد را اعمال نماید. پاره ای مسائل لزوماً تابع قانونی که طرفین انتخاب کرده اند 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

123. Fragistas: op. cit., loc. cit.; Klein: «Autonomie de 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.

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

طرفین دعوی مورد اختلاف است که آن هم تابع قانون قرارداد نیست. مسئله تأثیر حقوقی انتخاب قانونی که طرفین به عنوان قانون قرارداد برگزیده‌اند نیز مطرح است: داور باید بررسی کند که آیا طرفین اساساً مجاز بوده‌اند قانون انتخاب شده 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 لا اقل 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 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

۱۲۵. مراجعه داور به سیستم تعارض کشوری که قانون آن توسط طرفین به عنوان 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 ضمانتی 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 غیر فرانسوی خواهد شد که با قانون قرارداد - یعنی قانون فرانسه - متفاوت است.

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؟

• 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

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.

داشته است در صورت بروز اختلافی در این مورد اهلیتیش برابر قواعد تعارض انگلیس تابع قانون محلّ 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 مقرّ 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 مستقلّ 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}

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

127. Goldman: Répertoire Dalloz, V^e Arbitrage, No. 47.

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

اعمال نمایند». ۱۲۹. همین قاعده در ماده ۷ کنوانسیون اروپائی مقرر گردیده است. ماده ۱۴۷۷ قانون جدید آئین دادرسی مدنی فرانسه نیز همین راه حل را پیش بینی می کند. و بالأخره مقررات کمیسیون داوری آلمان شرقی به دیوان داوری اختیاری دهد 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 گذاشته اند. در واقع، بخصوص در کشورهای غربی داوران بین المللی دیگر رعایت سیستمهای داخلی تعارض قوانین را ضروری تشخیص نمی دهند. ۱۳۱

اما داوران که بدین ترتیب از آزادی قابل ملاحظه ای برخوردارند، در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی روش واحدی را دنبال نمی کنند. در اغلب موارد، داوران از اجرای یک سیستم تعارض واحد خودداری می کنند و به سیستمهای حقوقی متعددی که با اختلاف در رابطه هستند، مراجعه می نمایند. گاه مقررات حقوق بین الملل خصوصی کشورهای متبوع طرفین را، هر دو، مورد مشورت قرار می دهند و گاه به سیستمهای تعارض قوانین طرفین، داور یا داوران قضیه و نیز سیستم موجود در کشور محل دادگاه داوری مراجعه می کنند تا بدین ترتیب نشان دهند که این سیستمها تماماً به تعیین قانون واحدی که حاکم بر ماهیت دعوی است می رسند. ۱۳۲ مزیت این روش در این است که داور آسان تر می تواند

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 داوری بین المللی 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 داوری است.

132. Cf. CCI, sentence 2438 et 14341, Clunet 1976, 969 et s.

قانون حاکم بر اختلاف را به طرفین که بدین ترتیب قواعد تعارض کشورهایشان در رأی مورد استناد قرار می‌گیرد، بقبولاند. بعلاوه هر یک 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 لاقلاً سیستمهایی که با اختلاف مطروحه نزد 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.

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 رسیدگی کننده 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

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

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

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

تأکید می‌کند، با این عبارت:

«حین اجرای کنوانسیون جدید، ممکن است به مقررات آمره هر کشوری که با امر متنازع فیہ 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، لازم الاجرا 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}

بدین ترتیب، داوری بین‌المللی چه از نقطه نظر حقوقی و چه از نظر عملی به سوی این فکر تمایل پیدا می‌کند که سکوت طرفین دعوی مبنی بر اجرای یک قانون معین در خصوص 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}

اقلاً 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

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.

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

باید با توجه 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 امره کشورهای را که رأی با آنها ارتباط مؤثر دارد ایجاب می نماید. درست است که اغلب آرای داوری قبل از ارجاع به قاضی، توسط طرفین به مرحله اجرا درمی آیند و یا لاقلاً با سازش طرفین در خارج از دادگاه کان لم یکن می شوند، ولی نباید فراموش نمود که رأی داوری با وجود تمام تفاوت‌هایی که با حکم قاضی دارد، در صورتیکه فاقد شانس اجرا در دادگستری باشد، برای محکوم له فایده عملی در برنخواهد داشت. برعکس، هر چه احتمال قابل اجرا بودن 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 داوری - که لزوماً به معنی مستدل بودن آن نیست - اصل آزادی و استقلال داور در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوی، در صورت عدم توافق طرفین، باید مورد تأیید قرار گیرد. طبیعت داوری 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 دعوی حاکم کنند همواره بنا بر یک

اصل کتبی مورد قبول در سراسر جهان به قواعد تعارض کشور متبوع خود رجوع می‌کند، داور بین‌المللی به دلیل آنکه فاقد قانون محلّ داوری است و به نام هیچ دولتی حکم صادر نمی‌کند، نمی‌تواند قواعدی را که حقوق بین‌الملل خصوصی به معنی سنتی آن در اختیار قاضی گذاشته تا قانون حاکم بر امور متنازع فیہ را بیابد، مورد استفاده قرار دهد. داور بین‌المللی حتی در مقام حلّ مسائل شکلی دعوی، آنجا که قاضی علی‌الاصول هیچگونه مشکلی ندارد و قانون خود را اجرا می‌کند، نمی‌داند - لاقلاً در ابتدای کار - کدام قانون را باید اجرا نماید. داور حتی نمی‌داند که آیا مکلف است یک قانون ملی را اعمال کند و یا می‌تواند از چهارچوب قوانین داخلی خارج شود و قواعد حقوق بین‌الملل (اصول کتبی حقوق - حقوق بازرگانی فراملی) را بدون مراجعه به یک سیستم تعارض قوانین، در خصوص 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 داوری و یا قانون ماهوی را معین 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 در خصوص آنها مورد مشورت قرار دهد.

این است که داور بین‌المللی در هر مورد - جز در مواردی که استثنائاً قرارداد پاسخ همه مسائلی 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 داوری او واگذار شده است، پیدا نماید. آنچه باقی

می‌ماند این است که داور برای حلّ قضیّه 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 محلّ اقامت آنها هرگاه قوانین مزبور میان آندو مشترک باشد، قانون کشور متبوع قاضی که نزد او رأی به اجرا درخواهد آمد، قانون محلّ داور، قانون قرارداد و جز آن. هر یک از قوانین فوق متضمن مزایا و معایبی است که به آن اشاره کردیم؛ اما از آنجا که داور بالاخره باید قانونی را در حلّ اختلاف اعمال کند. با فرض اینکه قرارداد ناقص است و راه حلّ 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 حلّ و فصل نماید.

متأسفانه به دلیل سری نگه داشته شدن اغلب آرای داور، هیچ محققی نمی‌تواند در مقام ارائه و بیان شیوه عمل داوران بین‌المللی بطور مطمئن اظهار نظر کند؛ اما از مجموع آرائی که در نشریات تخصصی منتشر و در دسترس عموم گذاشته می‌شود. و ما نیز در حدّ امکان از آنها در این گفتار استفاده نمودیم. می‌توان پی برد که تا چه اندازه داوران بین‌المللی درخصوص تعیین قانون حاکم بر داور، 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 داور، طرز عمل داوران متفاوت است. بعضیها مقررات حقوق بین‌الملل را در رفع اختلافات راجع به شکل رسیدگی صالح می‌دانند و پاره‌ای به قانون محلّ داور 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 صورتیکه چنین قانونی از جانب طرفین معین نشده باشد، آنها قانون محلّ 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.

تشکّلت عقاید درخصوص مسائل ماهوی مطروحه در دعوی 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 محلّ داوری را مجاز دانسته‌اند؛ عده‌ای قواعد تعارض کشوری را که قانونش به‌عنوان قانون قرارداد معین گردیده است اجرا می‌نمایند. اجرای قواعد تعارض محلّ داوری ناشی از تشبیه نادرست داور به قاضی دادگستری است که پیوسته قواعد تعارض کشور خود را اعمال می‌کند، حال آنکه داور که فاقد محلّ داوری به معنی حقوقی کلمه و در نتیجه فاقد قانون محلّ داوری است، مکلف نیست از قانون کشوری تبعیت کند که داور 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.

با توجه 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 بین المللی، در هیچ کشوری قابل پذیرش نخواهد بود. از طرف دیگر، داور نمی تواند تمام جنبه های روابط طرفین را با مراجعه به قانون قرارداد ارزیابی کند. مسائلی نظیر اهلیت طرفین، تعیین اعتبار شرط ضمان پیشن بیننی شده در قرارداد و امثال آن تابع قانون قرارداد نیست. رعایت قواعد امره کشورهای که به نحو مؤثری با اختلاف مرتبط هستند نیز برای داور ضروری است، والا 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 بین المللی 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.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی