

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال

دکتر سیدجمال سیفی



● اشاره

متن این مقاله به زبان انگلیسی به قلم مؤلف در جلد ۲۵ شماره (۲)، (ژوئن ۱۹۹۸) صفحات ۳۵ - ۵ مجله داوری بین‌المللی:

(Journal of International Arbitration) منتشر گردیده است.

برگردان اولیه این مقاله را از انگلیسی به فارسی، سرکار خانم پروین محمدی دینانی به عهده داشته‌اند.

لازم به توضیح است که با توجه به تهیه این مقاله به زبان انگلیسی، تاریخها، علائم و اختصارات به لاتین آمده است و سرآغاز مقاله حاوی بعضی توضیحات مقدماتی جهت اطلاع خواننده غیرایرانی است که عیناً حفظ شده است.

ملاحظات مقدماتی

الف. مقدمه

در ۱۷ سپتامبر ۱۹۹۷، مجلس ایران قانون داوری تجاری بین‌المللی (که از این پس قانون یا قانون جدید نامیده می‌شود) را تصویب کرد.^۱ به عنوان یک قاعده کلی،^۲ این قانون ۱۵ روز بعد از انتشار در روزنامه رسمی اعتبار یافت. امید آن می‌رود که تصویب این قانون، از طریق تضمین آزادی و استقلال بیشتر برای این نوع داوری‌ها و نیز تضمین بیشتر برای شناسایی و اجرای احکام داوری بین‌المللی صادره در ایران، انجام داوریهای بین‌المللی در ایران را تسهیل نماید.

این قانون تا حد قابل ملاحظه‌ای ملهم از قانون نمونه کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آنستیرال) در مورد داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد.^۳ (از این پس قانون نمونه آنستیرال)، مع ذلک پاره‌ای از مقررات این قانون، انعکاس کامل قانون نمونه آنستیرال نیست و با شرایط داخلی ایران تطبیق شده‌اند.

هدف از تصویب این قانون آن است که مقررات بهتر و جدیدتری نسبت به مقررات داوری موجود در باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی ایران ارائه نماید. مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی، در داوریهای صرفاً داخلی معتبر و قابل اعمال باقی خواهد ماند.

۱. روزنامه رسمی ایران، شماره ۱۵۳۳۵ مورخ ۲۰ اکتبر ۱۹۹۷ (۲۸ مهر ۱۳۷۶)، صفحات ۲-۴.

۲. ماده ۲ قانون مدنی ایران.

*. برای ملاحظه متن انگلیسی و ترجمه فارسی قانون داوری نمونه آنستیرال، رک. مجله حقوقی، شماره ۴ اسناد بین‌المللی، ص ۲۰۵.

قانون جدید برای حل و فصل اختلافات در زمینه روابط تجاری رو به رشد در کشورهای منطقه از جمله کشورهای تازه به استقلال رسیده آسیای مرکزی ساختار مطمئنی ارائه می‌کند که انتظار می‌رود با تشکیل مرکز داوری بین‌المللی در ایران تکمیل شود و اجرای آن تسهیل گردد.

ب. قانون فعلی و کمبودهای آن

مقررات داوری موجود ایران در قانون آیین دادرسی مدنی آمده است که از سپتامبر ۱۹۳۹ (شهریور ۱۳۱۸) لازم‌الاجرا گردید و باب هشتم آن اختصاص به داوری دارد.^۲ مقررات داوری موجود ابتدائاً جهت تنظیم داوری داخلی طرح شده و میان داوری داخلی و بین‌المللی تفکیکی قائل نشده، اما در اصل می‌توانست شامل داوری بین‌المللی هم باشد. هر چند اعمال مقررات آن، خصوصاً در زمینه داوری بین‌المللی خالی از اشکال نیست، زیرا اصولی که امروزه زیربنای داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد عمدتاً در این قانون در نظر گرفته نشده است.

مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری، حاوی مواد نسبتاً مبسوطی در مورد تنظیم و اداره داوری داخلی است، مانند استقلال داور در تعیین آیین رسیدگی و تصمیم‌گیری در مورد ماهیت اختلاف؛ و نیز آزادی اصحاب دعوا در خصوص قانون ماهوی حاکم بر دعوا. با این حال نمی‌توان گفت مقررات قانون آیین دادرسی مدنی زمینه‌ها و

۳. در این مقاله قصد نداریم که مقررات فعلی داوری ایران را مورد بحث و بررسی قرار دهیم. تنها به منظور شرح ویژگی‌های اصلی و کاستی‌های آن اشاره مختصری صورت می‌گیرد و سوابقی که به تصویب این قانون منجر گردید، بیان می‌شود. هم‌چنین در بخش دوم این مقاله به مواد خاصی از قانون موجود اشاره می‌گردد. مطالب منتشره شده به زبان انگلیسی در خصوص مقررات داوری موجود ایران خیلی قدیمی می‌باشد از جمله: Fovad Rouhani, *International commercial Arbitration*, Union International des Avocats Vol. III, The Hague, (1965), pp. 46 - 71; David Suratgar, *Arbitration in the Iranian Legal System*, 20 *Arbitration Journal*, (1965), pp. 143-165; and Jalal Abdoh, *National Report an Iran*, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV. (1979) pp. 81-103.

جاذبه های لازم و مطلوب را برای مبادرت به داوری و رونق آن ایجاد کرده است. نواقص زیر را می توان در خصوص این قانون برشمرد:

- در مورد شناسایی داوری سازمانی هیچ حکم روشن و دقیقی در آن وجود ندارد. بنابراین تحت این مقررات نمی توان وظایفی همانند انتخاب داوران، تصمیم گیری در خصوص جرح و عزل داوران و اداره داوری را به یک سازمان داوری محول کرد.
- حدود اعتبار موافقتنامه داوری از نقطه نظر شکل آن، گرچه محدود نیست اما حاوی ابهاماتی است.

- قابلیت اجرای موافقتنامه داوری، از حیث ممنوع کردن دادگاه از اعمال صلاحیت همزمان در مورد ماهیت دعوی که به داوری ارجاع شده، به روشنی تصریح نشده است.
- حدود دخالت دادگاه به روشنی معلوم نشده است.

- استقلال و بی طرفی داور منتخب طرفین به روشنی تصریح نشده و هیچ مقرراتی برای جرح داوران به دلیل فقدان استقلال و بی طرفی، در قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی نگردیده است.

- اختیار دیوان داوری برای تعیین صلاحیت خود و تصمیم گیری در مورد اعتبار موافقتنامه داوری، نه تنها تصریح نشده بلکه به صورت مبهم باقی مانده است.

- استقلال شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی شناسایی نشده است.
- هیچ مقرراتی جهت صدور دستور موقت توسط دیوان داوری وجود ندارد.

- حدود اختیار دیوان داوری برای رسیدگی کامل به دعوا از طریق بررسی همه ادله اثبات دعوا (از جمله استماع شهادت شهود) و تعیین زبان رسیدگی به روشنی تصریح نشده است.

۴. این نکته در بسیاری از سیستم های حقوقی هنوز یک مسأله عمده است و خاص سیستم حقوقی ایران نیست. باید دید که آیا سبب اصلی این بی توجهی، قانون بوده یا این که داوری در عمل با اقبال مواجه نشده است.

۵. در ایران هیچ نهاد داوری عمومی وجود نداشته و قوانین پراکنده همانند قانون ۱۹۷۷ (۱۳۵۶) در خصوص اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری، ایجاد هیأت داوری در اتاق تجارت هر شهر بدون تعیین جزئیات آئین رسیدگی، و وظایف آن را پیش بینی می کرد اما این مقررات قادر به ایجاد نهادهای داوری پایدار نبوده و منتج به ایجاد نهاد سودمندی نگردید.

- اختیار دیوان داوری برای تعیین و اعمال قانون ماهوی که آن را مناسب می‌داند به روشنی بیان نشده، هرچند به طور ضمنی از مواد این قانون قابل استنباط است. علاوه بر جبران نواقص فوق‌الذکر، برای ایجاد حرکت جدیدی در داوری در سیستم حقوقی ایران، وضع قانون جدید ضرورت داشت. علاوه بر اهداف اصلی قانون جدید، که به روز نمودن و اصلاح مقررات مربوط می‌باشد، ضرورت برخورد جداگانه با داوری تجاری بین‌المللی نیز از اهداف این قانون است. به این ترتیب باید گفت قانون جدید داوری تجاری بین‌المللی در زمان و شرائط مناسبی تصویب شده است.

ج. مشخصات اصلی و اهمیت قانون جدید

در خصوص مصلحت تصویب و پذیرش قانون نمونه آنسیترال بعضاً، تردیدهایی از جانب کشورهای در حال توسعه، ابراز شده است،^۶ انتقادات و تردیدها متوجه آن قسمت از مقررات قانون نمونه است که ناشی از حقوق غرب است، همانند اصل ارتقاء استقلال و حاکمیت اراده طرفین و نیز عدم سازگاری آن (قانون نمونه) با ساختار تجارت و اقتصاد جهان در حال توسعه.^۷

با این همه، به نظر می‌رسد که کشورهای در حال توسعه هریک به دلایل خاص خود به شکل فزاینده‌ای نسبت به قانون نمونه آنسیترال در کل یا قسمتی از آن علاقه نشان می‌دهند.^۸ این که آیا کشورهای جهان سوم به قانون نمونه اصولاً علاقمندند یا به دلیل ضرورت اقتصادی به آن جذب می‌شوند از اهمیت ثانوی برخوردار است. علاوه بر این، تجربه نشان می‌دهد که دولتها مجبور نیستند هنگام استفاده و اقتباس از قانون نمونه آنسیترال به طور کامل از آن تبعیت کنند، بلکه می‌توانند متناسب با شرایط داخلی کشور خود آن را تعدیل و تطبیق نمایند. هرچند از نظر اهداف قانون نمونه آنسیترال، این قبیل

6. M. Sornarajah, The UNCITRAL Model Law: A Third World Viewpoint, 6 J. Int. Arb. 4, (1989) pp. 7-20.

7. As Note 6, above, pp. 13-19.

8. See Zhang Yulin, Towards The UNCITRAL Model Law: A Chinese Perspective, J. int. Arb. 1, 1994, 87, p. 88.

استفاده‌ها یا اقتباس‌های جزئی چندان مطلوب نیست، اما به نوبه خود یک قدم به جلو است.

به نظر می‌رسد قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، قانون نمونه آنسیترال را به عنوان مرجع اصلی در نظر داشته است و در عین حال آن را با شرایط داخلی ایران نیز تطبیق داده است. به هر حال موفقیت این قانون در عمل باید در طول زمان معلوم شود.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران دو ویژگی برجسته دارد: یکی اعمال و استفاده از ضوابط و موازین غالب در تئوری و عملکرد داوری بین‌المللی، و دوم اصلاح و ترمیم نواقصی که در مقررات فعلی ایران در مورد داوری وجود دارد، که از حیث ویژگی دوم موفقیت‌هایی را به دست آورده است که نمونه‌های آن به شرح زیر است:

- تمرکز و توجه خاص بر داوری تجاری بین‌المللی؛

- شناسایی وسیع اعتبار قراردادهای داوری از نقطه نظر شکل آن؛

- توجه مناسب به آزادی عمل طرفین و داوران از جهت تعیین نحوه رسیدگی و آیین

داوری؛

- شناسایی و تأیید صریح داوری تحت نظارت سازمان‌های داوری (داوری

سازمانی)؛

- قابلیت اجرای موافقتنامه داوری به صورت روشن‌تر؛

- تأکید زیاد در خصوص بی‌طرفی همه داوران صرف‌نظر از شیوه انتخاب آنها؛

- تأیید اختیار دیوان داوری جهت تعیین صلاحیت خود، و نیز تعیین اعتبار

موافقتنامه داوری؛

- توسعه اختیار دیوان داوری جهت تعیین قانون حاکم در ماهیت دعوا؛

- تأکید بیشتر بر قطعیت، شناسایی و اجرای رأی، هرچند این موارد قبلاً به موجب

مقررات داوری موجود شناسایی شده بود؛

به هر حال، بعضی از تحولات و اصلاحات فوق‌الذکر در قانون جدید، پرسش‌هایی

را در مورد جزئیات، شکل و ماهیت آنها مطرح می‌کند که توضیح مختصری در مورد مقررات

اصلی این قانون در این مقاله ارائه می‌شود.

در خصوص اهمیت این قانون باید گفت با تصویب قانون مذکور حرکت جدید و

توجه تازه‌ای را در مورد اسلوب داوری در اختلافات تجاری بین‌المللی و حتی تا اندازه‌ای در خصوص داوری داخلی - هرچند موضوع این قانون نیست - برانگیخته است. منتها این حرکت جدید از طریق توسعه نهادهای داوری پایدار، همچنین با تشویق و حمایت جدی دانشگاهیان و وکلای دادگستری است که می‌تواند حفظ شود و ادامه یابد.



شرح قانون داوری تجاری بین‌المللی

الف. قلمرو اعمال قانون

۱. داوری در اختلافات تجاری بین‌المللی

قانون جدید راجع است به داوری در «اختلافات ناشی از روابط تجاری بین‌المللی». البته قانون تعریفی از روابط تجاری بین‌المللی ارائه نمی‌دهد و به جای آن فقط فهرستی غیر حصری از انواع فعالیتهای تجاری ارائه می‌کند.^۹ این تعریف تا حدی مغایر با بند ۱ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال می‌باشد که حدود اعمال آن را با اشاره به خصوصیت بین‌المللی داوری، و نه نوع رابطه (تجاری) تعیین کرده است.

علاوه بر این در خصوص معیار بین‌المللی بودن «رابطه تجاری»، مطلبی در قانون بیان نشده است. در عوض ظاهراً به منظور تعریف محدوده اعمال قانون، بر معیار اصلی

۹. بند ۱ ماده ۲.

۱۰. بند ۱ ماده ۲. این فعالیتهای شامل خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاریهای فنی، نمایندگی، حق العمل‌کاری، پیمان‌کاری و فعالیتهای مشابه می‌گردد.

مفهوم «داوری بین‌المللی»^{۱۱} یعنی «بین‌المللی بودن» تکیه نموده است. اگر چه این مسأله می‌تواند ناشی از اشکال در نحوه تنظیم قانون باشد، اما به آسانی استنباط می‌شود که هدف اصلی در تعریف «داوری بین‌المللی» و تأکید بر بین‌المللی بودن «رابطه تجاری» از حیث دامنه شمول قانون می‌باشد.

قانون جدید بر تابعیت غیرایرانی یکی از طرفین داوری به عنوان تنها معیار بین‌المللی بودن داوری، تکیه کرده است. این مسأله با فرمول پیچیده تعریف داوری بین‌المللی در بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال مغایرت کامل دارد.^{۱۲} بند «ب» ماده ۱ قانون جدید پیش‌بینی می‌کند که داوری بین‌المللی است، اگر یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقتنامه داوری مطابق قوانین ایران تبعه ایران نباشد.

اشاره به عبارت «مطابق قوانین ایران» به این معنا است که مفهوم تابعیت غیرایرانی شامل دارندگان تابعیت مضاعف ایرانی - غیرایرانی، نخواهد شد، زیرا مطابق ماده ۹۸۹ قانون مدنی چنین شخصی همچنان تبعه ایران محسوب می‌شود.

به هر حال، تکیه قانون بر معیار تابعیت غیرایرانی یکی از طرفین، به این معنا است که محل جغرافیایی طرفین در مفهوم محل تجارت آنها، بی‌اهمیت می‌باشد. بنابراین، روابط و تعهدات تجاری که بین یک تبعه ایران و شرکتهای غیرایرانی، از جمله شعبات فرعی یا نمایندگان فعال شرکتهای خارجی در ایران، منعقد شده یا اجرا می‌شود، همچنان در محدوده اعمال این قانون قرار می‌گیرد.^{۱۳} از طرف دیگر روابط و تعهدات تجاری صورت گرفته در ایران یا خارج از ایران میان دو شرکتی که تبعه ایران می‌باشند، علی‌رغم

۱۱. بند ب ماده ۱.

۱۲. بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال معیارهایی برای احراز بین‌المللی بودن داوری بیان می‌کند که هیچ یک از آنها تفاوت تابعیت یکی از طرفین داوری از تابعیت کشور محل داوری نمی‌باشد. به موجب قانون نمونه، اختلاف محل تجارت طرفین، تعیین مقر داوری خارج از محل تجارت طرفین، اجرای قسمت عمده‌ای از تعهدات خارج از محل تجارت طرفین، یا موافقت طرفین در خصوص این که موضوع داوری مرتبط با بیش از یک کشور است، معیارهایی هستند که احراز هر یک از آنها نشان دهنده ویژگی بین‌المللی داوری می‌باشد.

۱۳. نمایندگان یا شعبات شرکتهای خارجی بایستی در ایران ثبت شده باشند. به هر حال علی‌رغم ثبت، این نمایندگی‌ها یا شعبات هم‌چنان تابعیت شرکت اصلی را دارند. مگر این که آنها به عنوان یک شرکت ایرانی تشکیل و ثبت شده باشند (ماده ۳ قانون ثبت شرکتهای).

امکان وجود منافع اساسی خارجی در این شرکتهای ایرانی مشمول این قانون نخواهد بود.

۲. محدوده جغرافیایی اعمال قانون: مقرّ دیوان داوری

برخلاف قانون نمونه آنسترال^{۱۴} قانون جدید محدوده قلمرو جغرافیایی خود را به این معنا که نسبت به داوریهایی که مقرّ آن در ایران می باشد، اعمال خواهد شد مشخص نکرده است. ظاهراً این اصل به عنوان یک پیش فرض پذیرفته شده که اساس اعمال این قانون عبارت است از وجود مقرّ دیوان داوری مربوط در سرزمین کشور وضع کننده قانون. به هر حال با توجه به این اصل که جدا از قوانین مربوط به احوال شخصیه، قوانین ایران علی القاعده فقط در سرزمین این کشور قابل اعمال است،^{۱۵} مطمئناً می توان فرض نمود که این قانون منحصرأ به داوریهایی قابل اعمال است که مقرّ آن در ایران باشد. علاوه بر این، ماده ۶ این قانون با اشاره به محل دیوان داوری، حسب این که در مرکز کشور باشد یا در استانهای دیگر، دادگاه صالح را تعیین نموده است. به این ترتیب، روشن است که این قانون فقط نسبت به داوریهای بین المللی که محل و مقرّ آن ایران باشد، اعمال می گردد.

قانون جدید به داوری اختلافات ناشی از روابط غیربین المللی (داخلی) اعمال نمی شود و چنین داوریهایی مطابق قوانین فعلی ایران به نحوی که در باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی آمده است انجام می شود. بند ۱ ماده ۳۶ قانون جدید نیز صراحت دارد که مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی به اعتبار خود باقی است. بنابراین، مقررات قانون مذکور فقط تا حدی که مرتبط با داوریهای بین المللی باشد تغییر کرده است. با توجه به وضع قانون جدید، مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی در زمینه داوری داخلی معتبر و قابل اعمال باقی می ماند. به عبارت دیگر، به موجب قوانین ایران، امروزه تمایزی میان داوری های بین المللی از یک سو و داوریهای داخلی از سوی دیگر، ایجاد شده است. اساس و جوهر چنین تمایزی - اگر نه جزئیات آن - با نگرش بین المللی غالب در خصوص ضرورت برخورد جداگانه با داوری تجاری بین المللی همسو و هماهنگ است.

۱۴. بند ۲ ماده ۱ قانون نمونه.

۱۵. مواد ۲-۵ قانون مدنی.

همچنین داوریهای پیش بینی شده به موجب معاهدات یا سایر توافق های بین المللی میان ایران و دیگر کشورها، از شمول قانون جدید استثناء شده است.^{۱۷}

ب. قابلیت ارجاع اختلافات به داوری

به طور کلی در خصوص این مسأله اتفاق نظر است که در نظام های حقوق داخلی، محدودیتهای خاصی در مورد قابلیت ارجاع اختلافات به داوری وجود دارد.^{۱۸} این محدودیتها یا ناظر به ماهیت اختلاف است و بنابراین ارجاع اختلاف خاصی را به داوری ممنوع می کند، یا به اهلیت نهادهای خاصی برای اینکه طرف رسیدگی های داوری واقع شوند، مربوط می گردد.^{۱۹}

۱. قابلیت ارجاع به داوری، به اعتبار

موضوع اختلاف (*rationae materiae*)

به موجب قانون جدید، اختلافات در روابط تجاری بین المللی قابل ارجاع به داوری است،^{۲۰} با استفاده از کلمه «در» به نظر می رسد که این قانون همه اختلافات ناشی از روابط تجاری را به طور گسترده شامل می گردد. همچنین به نظر می رسد که فهرست فعالیتهای تجاری بر شمرده در این قانون کاملاً گسترده و در عین حال غیرحصری می باشد. این امر با تفسیر موسع واژه «تجاری» در بند ۱ ماده ۱ قانون نمونه آنسترال، کاملاً نزدیک است. همانند ماده ۷ قانون نمونه آنسترال، قانون جدید نیز تصریح دارد که اختلاف ناشی

۱۶. بند ۳ ماده ۳۶.

17. See generally, Mauro Rubino - Sammartano, *International Arbitration Law*, Kluwer Law & Taxation Publishers, Boston, 1989, pp. 101-108.

18. As Note 17, above, p. 106.

۱۹. بند ۱ ماده ۲.

از «روابط تجاری» - اعم از قراردادی یا غیرقراردادی - می تواند به داوری ارجاع شود.^{۲۰} به هر حال اختلافات ناشی از روابط غیر تجاری مشمول این قانون نیست. البته این قانون واژه «تجاری» را تعریف نکرده و بنابراین برای تعیین ماهیت تجاری یک رابطه باید به سایر قوانین ایران مراجعه کرد. به موجب مواد ۲ تا ۵ قانون تجارت ایران، معاملات تجاری سلسله گسترده ای از فعالیتها را همانند آنچه که در بند ۱ ماده ۲ قانون جدید فهرست شده، شامل می گردد. علاوه بر این، کلیه معاملات شرکتهای تجاری همین طور معاملات شخص حقیقی تاجر، اعمال تجاری محسوب می شود. بدین ترتیب معاملات مربوط به اموال غیرمنقول (حتی توسط مؤسسات تجاری)، عمل تجاری نیست.^{۲۱}

فهرست روابط تجاری مذکور در این قانون به طور قطع، مجموعه اختلافات قابل ارجاع به داوری را به نحو ایجابی نشان می دهد. اما در مورد موضوعاتی که (به شیوه سلبی) قابل ارجاع به داوری نیستند، بند ۲ ماده ۳۶ مقرر می دارد که: «این قانون نسبت به سایر قوانین جمهوری اسلامی ایران که به موجب آنها اختلافات خاصی را نمی توان به داوری ارجاع کرد، تأثیری نخواهد داشت». در نتیجه درباره موضوعاتی که به موجب قوانین ایران قابل داوری نیست، بایستی به قوانین مربوطه یعنی مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، مراجعه نمود. در این خصوص ماده ۶۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی قابل ذکر است که مقرر می دارد:

«دعاوی مذکوره زیر قابل ارجاع به داوری نیست

۱. دعاوی ورشکستگی؛

۲. دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق و فسخ نکاح و نسب».

روشن است که همانند همه سیستم های حقوقی، فقط اختلافات با ماهیت مدنی (خصوصی) به موجب قوانین ایران می تواند به داوری ارجاع شود. حتی در داوری اختلافات مدنی، در مواردی که موضوع اختلاف با جنحه یا جنایت مرتبط می باشد که بر حکم داوری تأثیر دارد، چنانچه تفکیک جنبه حقوقی قضیه از جنبه کیفری آن غیرممکن باشد، رسیدگی داوری تا صدور حکم نهایی توسط دادگاه رسیدگی کننده به امر کیفری،

۲۰. بند ج ماده ۱.

۲۱. ماده ۴ قانون تجارت.

به تأخیر خواهد افتاد. " در هر صورت دیوان داوری می تواند به ادعای تزویر در سند یا جعل از حیث اثری که چنین ادعایی بر رسیدگی به اختلاف تحت داوری دارد، رسیدگی کند، مشروط بر این که متخلف قابل شناسایی نباشد یا به دلایل قانونی تعقیب او ممکن نباشد. "

۲. قابلیت ارجاع اختلافات به داوری، به اعتبار

طرف اختلاف (rationae personae)

بند ۲ ماده ۲ قانون جدید مقرر می دارد: «همه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می توانند اختلافات خود را به داوری ارجاع دهند». دو نکته در این خصوص قابل ذکر می باشد. اولاً، اهلیت حقوقی اتباع غیرایرانی از جمله شرکتهای مطابق با قوانین داخلی مربوطه آنها تعیین می شود. "ثانیاً، با توجه به قید صریح مذکور در بند ۲ ماده ۳۶ این قانون، محدودیت نهادهای دولتی ایرانی جهت ارجاع اختلافات خود به داوری، مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی، همچنان به اعتبار خود باقی است. اصل ۱۳۹ قانون اساسی مقرر می دارد: «ارجاع اختلافات مربوط به اموال عمومی به داوری مستلزم تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس می باشد، و در مواردی که طرف اختلاف غیرایرانی می باشد و نیز در مورد دعاوی داخلی مهم، ارجاع به داوری باید به تصویب مجلس برسد».

لازم به ذکر است که رویه داوری بین المللی تمایلی چندانی برای پذیرش ایراد عدم

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۲۲. ماده ۶۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی. علاوه بر این، در صورتی که حل اختلاف بستگی به رسیدگی مسائل مذکور در بند ۲ ماده ۶۷۵ دارد، یعنی مسأله اعتبار نکاح یا طلاق، فسخ نکاح و نسب، تازمانی که دادگاه ذی صلاح در مورد این مسائل حکم نهایی صادر نکرده، داوری متوقف خواهد شد. (ماده ۶۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی).

۲۳. ماده ۶۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی.

۲۴. ماده ۷ قانون مدنی. لازم به ذکر است که به موجب قوانین ایران تابعیت اشخاص حقوقی تابع کشوری است که اقامتگاه آنها در آن کشور قرار دارد (ماده ۵۹۰ قانون تجارت). بیشتر نویسندگان ایرانی میان ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی که مقرر می دارد اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز فعالیتهای آنها می باشد و ماده ۵۹۰ قانون تجارت، هیچ تعارضی نمی بینند و نتیجه گیری می کنند که دفتر اصلی (اقامتگاه) شخص حقوقی به عنوان مرکز فعالیت او در نظر گرفته می شود. به هر حال مطابق با ماده ۱۰۰۳ قانون مدنی «هیچ کس نمی تواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد».

صلاحیت از طرف یک شرکت تجاری یا مؤسسه دولتی که با اشاره به قانون کشور محل تشکیل شرکت یا اقامتگاه خود طرح می کنند، نشان نداده است. این عدم تمایل برانگیز اصل حسن نیت توجیه شده است،^{۲۵} به این معنا که این قبیل ایرادات خلاف اصل حسن نیت در ارجاع اولیه موضوع به داوری می باشد.

ج. شروع جریان داوری و تعیین دادگاه یا مقام صالح برای اعمال بعضی وظایف مرتبط با داوری جهت مساعدت و نظارت

۱. شروع داوری

هماهنگ با ماده ۲۱ قانون نمونه آنسیترال، ماده ۴ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مقرر می دارد جریان داوری از تاریخی شروع می شود که درخواست داوری به خوانده ابلاغ شده باشد. علاوه بر این و شبیه آنچه در بند ۱ ماده ۳ مقررات داوری ۱۹۸۸ اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) آمده، طبق این قانون درخواست داوری از جمله باید شامل موارد زیر باشد:

- درخواست ارجاع اختلاف به داوری؛

- نام و نشانی طرفین؛

- بیان ادعای خواهان و خواسته مورد تقاضا؛

- شرط داوری یا موافقتنامه داوری.

ماده ۴ قانون جدید در مورد تاریخ شروع داوری، قاعده شناخته شده ای را بیان می کند که می تواند از حیث روشن کردن مسائل متفاوتی که بستگی به تاریخ شروع داوری دارد، مفید باشد، مانند قطع مرور زمان و احراز این که آیا ارجاع به داوری به موقع و به طور

۲۵. رک. منبع مذکور در پاورقی شماره ۱۷ صفحات ۱۵۴-۱۵۳، هم چنین حکم داوری شماره ۴۳۸۱ اتاق بازرگانی بین المللی که مشتمل بر ادعای فقدان صلاحیت بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است، ولی رد شد (همان منبع).

صحیح صورت گرفته است یا نه. خصوصاً شرایط مربوط به حداقل نکاتی که باید در درخواست داوری درج شود، از این جهت مهم می باشد که آیا درخواست مطروحه از جهت حقوقی می تواند «درخواست داوری» در مفهوم این قانون محسوب شود. بنابراین فقط در صورتی که شرایط فوق الذکر در «درخواست داوری» رعایت شده باشد، آثار مقرر بر تقاضای داوری بر آن بار خواهد شد. در غیر این صورت، تقاضای داوری که شرایط فوق الذکر را تأمین نکرده باشد، واجد وصف «درخواست داوری» نیست.

۲. محدودیت مداخله دادگاه

در ماده ۵ قانون داوری نمونه آنسترال تصریح شده که در موضوعات تحت حاکمیت این قانون، به جز تا حدی که به وسیله خود قانون نمونه مجاز باشد، هیچ دادگاهی نباید دخالت نماید. اما قانون جدید هیچ حکمی در این خصوص ندارد. مفاد ماده ۵ قانون نمونه در واقع منعکس کننده توجه و علاقه فراگیر است که نه تنها مداخله دادگاهها در جریان داوری باید به حداقل برسد، بلکه هرگاه مداخله بیشتری برای دادگاه مورد نظر باشد، باید موارد و مصادیق آن به طور خاص و صریح در قانون مربوط ذکر شود. درست است که هم نص قانون جدید و هم روح آن، هر دو به طور یکسان به دخالت هرچه کمتر دادگاه در جریان داوری منتهی می شود، اما اگر از عبارتی شبیه ماده ۵ قانون نمونه در قانون جدید استفاده می شد، این هدف بهتر حاصل می گردید.

۳. مقام نظارت

هماننگ با قانون نمونه آنسترال^{۲۲} ماده ۶ قانون جدید مقرر می دارد که هرگونه مساعدت و نظارت بر داوری توسط دادگاه عمومی مرکز استانی که مقر داوری در آنجا واقع است، اعمال خواهد شد^{۲۳} و مادامی که مقر داوری تعیین نشده، انجام آنها برعهده دادگاه

۲۴. ماده ۶.

۲۷. این وظایف عبارتند از: صدور دستور موقت (ماده ۹)؛ مداخله دادگاه برای انتخاب داوران (بند ۴ و ۳ ماده ۱۱) و جرح داوران (بند ۳ ماده ۱۳)؛ احراز خاتمه اختیارات داور (بند ۱ ماده ۱۴)؛ رسیدگی به تقاضای تجدید نظر در تصمیم داور در مورد صلاحیت یا در مورد اعتبار موافقتنامه داوری (بند ۳ ماده ۱۶)؛ رسیدگی به تقاضای شناسایی و اجرای حکم داوری (ماده ۳۵).

عمومی تهران است.^{۲۸} در داوریه‌های سازمانی، وظیفه انتخاب که شامل وظیفه انتخاب داور جانشین نیز می‌باشد، تصمیم در مورد جرح داوران و خاتمه اختیارات داور بر عهده سازمان داورى مربوطه می‌باشد.^{۲۹}

پیش‌بینی امکان انتخاب داوران، تصمیم در مورد جرح داوران و خاتمه اختیارات داور توسط یک سازمان داورى در قانون جدید، تا جایی که به قانون ایران مربوط می‌شود، بسیار مهم است. وجود این مقررات در قانون جدید در واقع انعکاس نگرش غالب در اولویت دادن به توافق طرفین و نیز اداره و تشکیل دیوان داورى مطابق تمایل طرفین می‌باشد.

اهمیت مقررات فوق‌الذکر همچنین در این واقعیت نهفته است که در قانون آیین دادرسی مدنی مقرراتی وجود ندارد که به سازمان‌های داورى اجازه انتخاب، جرح یا عزل داور را بدهد. در عمل نیز هیچ سازمان داورى مهمی در کشور وجود ندارد. به موجب قوانین موجود، فقط دادگاه بود که می‌توانست این وظایف را انجام دهد؛^{۳۰} اما با تصویب قانون جدید داورى تجاری بین‌المللی برای اولین بار در قوانین ایران امکان فعالیت نهادهای داورى سازمانی فراهم شده است.^{۳۱}

یک جنبه از اولویت که قانون جدید برای توافق طرفین قائل شده، تعیین محدوده‌ای است که دادگاه از مداخله در آنها ممنوع شده و به موجب این قانون به طور انحصاری به سازمان داورى مربوط (که طرفین با توافق خود برگزیده‌اند) اختصاص یافته است. به دلیل جدید بودن داورى سازمانی در حقوق ایران هیچ‌رویه مهمی برای نشان دادن نحوه برخورد دادگاهها در این قبیل موضوعات وجود ندارد. به هر حال با توجه به مقررات صریح ماده ۶ قانون، برای مانور دادگاه و رقابت قضایی با داورى جای کمی باقی مانده است. با این همه، باید منتظر بود تا قلمرو دخالت دادگاهها در داورى‌ها و

۲۸. ماده ۱۵.

۲۹. بند ۲ ماده ۶.

۳۰. مواد ۶۳۸، ۶۳۶ و ۶۵۰ قانون آیین دادرسی مدنی.

۳۱. اساسنامه انجمن ایرانی داورى که یک مؤسسه خصوصی جدید التأسیس می‌باشد و مرکب از تعدادی از حقوقدانان و وکلای شناخته شده ایرانی است اداره داورى سازمانی را پیش‌بینی کرده است.

موارد آن در عمل معلوم شود.

مسأله دیگر، قطعیت تصمیماتی است که به موجب این قانون به سازمان داوری ذی ربط محول شده است. طبق جمله آخر بند ۱ ماده ۶ این قانون تصمیمات دادگاه تعیین شده در این ماده، قطعی و غیرقابل اعتراض خواهد بود. سپس بند ۲ ماده ۶ در ادامه می گوید در مورد داوری سازمانی، اجرای وظایف موضوع بند ۲ ماده ۱۱ و بند ۳ ماده ۱۱ (انتصاب داوران)، بند ۳ ماده ۱۳ (تصمیم در مورد جرح داوران) و بند ۱ ماده ۱۴ (تصمیم در مورد خاتمه اختیارات داور) بر عهده سازمان داوری مربوطه می باشد.

توالی و ترتیب عبارات ماده ۶ می تواند این سؤال را مطرح کند که آیا قطعیت تصمیمات دادگاه، نسبت به تصمیمات سازمان داوری هم تسری می یابد؟ نظر بهتر این است که تصمیمات سازمان داوری در موضوعات واگذار شده به آن به موجب قانون، به چند دلیل زیر قطعی و مشمول تجدید نظر قضایی نمی باشد.

اولاً، قراینی در عبارات ماده ۶ در حمایت از این نظر وجود دارد. یعنی این که، بعد از بیان قطعیت همه تصمیمات دادگاهها در موضوعات مندرج در بند ۱ ماده ۶ بند ۲، این ماده امکان احاله بعضی از این وظایف به یک سازمان داوری با موافقت طرفین را اجازه داده است. بنابراین قطعیت تصمیمات دادگاه هم چنین به تصمیمات سازمان داوری تسری می یابد.

ثانیاً، کارایی و مصلحت داوری بین المللی اقتضا می کند چنین تصمیماتی قطعی و غیرقابل اعتراض باشد، همان طور که حقیقتاً در دیوان داوری ICC صادق می باشد.^{۳۳} به عبارت دیگر، محول کردن وظایف خاصی به سازمان داوری و در عین حال آنها را قابل تجدید نظر در دادگاه دانستن، با سرعت و کارایی داوری و با هدف داوری سازمانی مغایر است.

۳۳. بند ۱۳ ماده ۲ قواعد داوری ۱۹۸۸ اتاق بازرگانی بین المللی.

د. موافقتنامه داوری

۱. شرایط شکلی

برخلاف قانون نمونه آنسیترال، قانون جدید به عنوان یک قاعده کلی تصریحی ندارد که موافقتنامه داوری بایستی کتبی باشد. مع ذلک مقررات راجع به شکل موافقتنامه داوری به نحوی تنظیم شده که استناد به موافقتنامه شفاهی را غیرممکن می سازد. به استثناء وضعیتی که ذیلاً توضیح داده می شود. به شیوه ای مشابه بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال، قانون جدید توافق کتبی را ضروری می داند که می تواند به صورت سند امضا شده به وسیله طرفین یا به صورت تبادل نامه ها، تلکس، تلگرام یا شیوه های مشابه دیگر حاکی از وجود یک موافقتنامه باشد.^{۳۳}

همین طور هماهنگ با بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال، قانون جدید مقرر می دارد ادعای وجود موافقتنامه داوری «طی مبادله درخواست یا دفاعیه»، در صورتی که طرف دیگر نیز عملاً آن را قبول نماید، وجود موافقتنامه داوری را ثابت می کند.^{۳۴} استناد به سندی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقتنامه مستقل داوری خواهد بود.^{۳۵}

تحول خاصی که در قانون ایران حاصل شده عبارت است از اشاره صریح در بند ج ماده ۱ آن به امکان ارجاع اختلافات موجود و آتی به داوری از طریق یک موافقتنامه خاص یا شرط داوری. گرچه امکان ارجاع اختلافات آتی به داوری در قانون آیین دادرسی مدنی نیز وجود داشت،^{۳۶} اما با توجه به این که در حقوق ایران، موضوع قرارداد باید معلوم و معین

۳۳. ماده ۷.

۳۴. همان ماده.

۳۵. همان ماده.

۳۶. ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می دارد که: «متعاملین می توانند در ضمن معامله یا به موجب قرارداد علیحده ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، حل اختلاف آنها از طریق داوری صورت گیرد. آنها می توانند داور یا داوران خود را قبل از بروز اختلاف انتخاب نمایند. مع ذلک در خصوص معاملات واقع بین اتباع ایران و اتباع خارجه، طرف ایرانی نمی تواند مادام که اختلاف ایجاد نشده به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داوری یک یا چند نفر و یا به داوری هیأتی رجوع نمایند که آن شخص یا اشخاص و یا آن هیأت دارای همان تابعیتی باشند که طرف مقابل دارد. هر قراردادی که مخالف با این حکم باشد در قسمتی که مغایرت دارد باطل و بلا اثر است.»

باشد، بحث راجع به امکان ارجاع اختلافات آتی به داوری تا قبل از قانون جدید مفتوح بود.^{۳۷} بنابراین، تصریح قانون جدید به امکان ارجاع اختلافات آتی به داوری که از نظر داوری بین‌المللی معاصر یک امر اساسی است، برای تأکید در خصوص این امکان و رفع هرگونه تردید، اهمیت دارد.^{۳۸}

مسئله مهم تر در قانون جدید، شناسایی صریح اصل استقلال یا تفکیک شرط داوری از قرارداد اصلی می‌باشد. همانند بند ۱ ماده ۱۶ قانون نمونه آنسیترال، قانون جدید نیز پذیرفته که شرط داوری که قسمتی از قرارداد اصلی را تشکیل می‌دهد موافقتنامه مستقل تلقی خواهد شد، و تصمیم دیوان داوری مبنی بر بطلان قرارداد اصلی، به خودی خود موجب بی‌اعتباری شرط داوری نخواهد شد.^{۳۹}

به طور کلی در حقوق ایران شرط ابتدایی مندرج در قرارداد معمولاً فاقد موجودیت مستقل می‌باشد.^{۴۰} اگرچه در موقعیت‌های خاص علی‌رغم بی‌اعتباری خود قرارداد، مفاد شرط می‌تواند معتبر باشد، اما این، استثنا است و محتاج ذکر صریح آن در قانون

۳۷. ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصی که علم اجمالی به آن کافی است». مطابق با این نظر، همانند بیشتر سیستم‌های حقوقی، این عقیده وجود دارد که مبهم بودن موضوع معامله یک عیب خواهد بود و معامله را باطل می‌سازد. حقوق مدنی، دکتر حسن امامی، جلد اول، انتشارات اسلامی، ص ۲۱۳، ماده ۱۹۰ قانون مدنی را نیز ملاحظه نمایید.

۳۸. لازم به ذکر است که ماده ۱۱ این قانون محدودیت موجود در قسمت آخر ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی را حفظ کرده است. یعنی قبل از ایجاد اختلاف طرف ایرانی نمی‌تواند خود را ملزم سازد که اختلاف را به داوری یک یا چند شخص ارجاع بدهد، که این شخص یا اشخاص تابعیت طرف دیگر را داشته باشند. این مسأله بیشتر محدودیتی بر انتخاب انحصاری داور یا داوران غیر ایرانی توسط طرف ایرانی قبل از وقوع اختلاف می‌باشد، تا محدودیتی برای ارجاع اختلافات آتی.

۳۹. بند ۱ ماده ۱۶. استقلال شرط داوری به طور گسترده در تئوری و رویه داوری پذیرفته شده است. رک. Stephen M. Shwebel, *International Arbitration: Three Salient problems*, Cambridge, Grotius Publications Ltd. 1987, Chapter 1; Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 133-134.

۴۰. همانطوری که ماده ۲۴۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده باطل می‌شود...».

می باشد.^{۴۱} به همین دلیل است که گنجانیدن اصل استقلال شرط داوری در قانون جدید، از حیث جلوگیری از طرح هر مشکلی در این خصوص دارای اهمیت است.

۲. قانون حاکم بر موافقتنامه داوری

قانون جدید در مورد قانون حاکم بر موافقتنامه داوری اشاره صریحی ندارد، و همانند قانون نمونه آنسیترال فقط یک ماده جداگانه به قانون حاکم در ماهیت اختصاص یافته است.^{۴۲} اما ماده ۳۳ (۱) (ب) قانون جدید هماهنگ با ماده ۳۴ (الف) (۱) قانون نمونه آنسیترال، به صورت غیرمستقیم به قانون حاکم بر موافقتنامه داوری اشاره کرده، و مقرر می دارد در صورتی که «موافقتنامه داوری به موجب قانونی که طرفین حاکم بر موافقتنامه دانسته اند معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون ایران باشد»،^{۴۳} رأی داوری توسط دادگاه مذکور در ماده ۶ قابل ابطال است.

با وجود این به نظر نمی رسد مغایرتی میان قانون نمونه و قانون جدید وجود داشته باشد، زیرا ماده ۳۴ (۲) (الف) (۱) قانون نمونه تقریباً انعکاس کلمه به کلمه ماده ۵ (الف) کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک می باشد که در واقع بیان یک قاعده حل تعارض در مورد قانون قابل اعمال بر موافقتنامه داوری است. به عبارت دیگر، در صورت سکوت طرفین در تعیین قانون قابل اعمال به قرارداد داوری، اعتبار قرارداد داوری به موجب قوانین کشوری که رأی در آنجا صادر شده ارزیابی می گردد.^{۴۴} یعنی قانون، راه حل انتخاب دومی را ارائه می کند که در صورت عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین به این راه حل مراجعه خواهد شد.

به هر حال بند (ب) ماده ۳۳ (۱) قانون جدید به صورتی که تنظیم شده مبهم است

۴۱. به هر حال به طور استثنایی پذیرفته شده که به موجب حقوق ایران یک شرط قراردادی پیش بینی کننده جریان خسارت در صورت بی اعتباری قرارداد، معتبر و قابل اجرا می باشد. ص ۴۷۳ کتاب حقوق مدنی دکتر امامی را ملاحظه نمایید.

۴۲. ماده ۲۷؛ ماده ۲۸ قانون نمونه.

۴۳. عبارت «صریح قانون» که با معنای یکسانی با ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده شده، برای اشاره به مقررات آمره قوانین ایران مورد نظر می باشد.

44. See Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law & Taxation, London, 1981, pp. 293 - 294.

و این ابهام به دو تفسیر متفاوت منجر می شود. یک تفسیر این است که سکوت طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری، عملاً به اعمال قانون ایران (قانون مقرر داوری) منتهی می شود. تفسیر دیگر ناظر به حالتی است که طرفین ساکت نبوده اند و قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نموده اند، لیکن قانون منتخب ایشان در خصوص مسأله اعتبار قرارداد داوری ساکت است. روشن است که فرض دوم مشکل جدی به بار می آورد. در این حالت، قوانین ایران به عنوان قوانین محل داوری در شرایط نادر و غیرواقعی، خلأ موجود در قانونی که طرفین بر موافقتنامه داوری حاکم دانسته اند پر می کند و قابل اعمال می باشد. با توجه به این واقعیت که طرفین معمولاً توجهی به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد داوری ندارند⁴⁵ و به ندرت قانون حاکم بر موافقتنامه داوری را صراحتاً تعیین می کنند، قانون ایران به عنوان قانون مقرر داوری هم به ندرت در ارزیابی اعتبار موافقتنامه داوری موضوعیت می یابد. اثر این تفسیر حاشیه ای کردن قوانین محل داوری (در این مورد قوانین ایران) در ارزیابی اعتبار موافقتنامه داوری است، در حالی که مکتب فکری غالب در رویه و تئوری داوری، به دلایل قانع کننده ای، عمدتاً از نقش بیشتر قانون محل داوری در این خصوص طرفداری می کند.⁴⁶ علاوه بر این، طبق تفسیر دوم، تعیین این که آیا قانون منتخب طرفین در مورد اعتبار قرارداد داوری ساکت است یا نه - که در نوع خود وظیفه سنگینی است - حسب مورد به عهده دادگاه یا مرجع داوری ذی ربط خواهد بود و به همین لحاظ روی هم رفته این تفسیر منطقی نیست و بی معنا است.

اما تفسیر اول بسیار قانع کننده تر است و با قانون نمونه و نیز تئوری و رویه رایج داوری نیز هماهنگ می باشد. مطابق این تفسیر از ماده ۳۳ (۱) (ب) قانون جدید، هرگاه طرفین در مورد قانون حاکم بر قرارداد داوری ساکت باشند، خود بخود دومین انتخاب یعنی اعمال قوانین ایران مطرح می شود. به هر حال، مسلماً مقنن ایرانی قصد انحراف از اصل مقرر در قانون نمونه را نداشته و عبارت مبهم بند ب پاراگراف ۱ ماده ۳۳ قانون جدید - که شاید به دلیل ضعف در عبارت پردازی باشد - باید در پرتو روح حاکم بر اصول قانون نمونه تفسیر شود.

45. As Note 44, above, p. 292.

46. As Note 44, above, pp. 292 - 295; also Note 17, above, pp. 141-150.

۳. ماهیت الزام آور و اثر موافقتنامه داوری

موافقتنامه داوری به معنای تعهد الزام آور طرفین برای ارجاع اختلافات خود به داوری است که صلاحیت دادگاههای دولتی را مستثنی می کند. به عبارت دیگر، اثر اصلی موافقتنامه داوری اصولاً محروم نمودن دادگاه از صلاحیت رسیدگی می باشد.^{۴۷} اثر موافقتنامه داوری در بند ۱ ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال آمده است. مطابق ماده ۸، دادگاهی که در مقابل آن دعوای مربوط به موضوعی که مشمول قرارداد داوری است، مطرح می باشد موظف است طرفین را به داوری ارجاع دهد، مگر این که احراز نماید قرارداد داوری باطل و ملغی الاثراً یا غیرقابل اجرا می باشد.^{۴۸}

نکته جالب این که ماده ۸ قانون جدید تکرار صریح مفاد قانون نمونه آنسیترال می باشد. درست است که در مقررات قانون آیین دادرسی مدنی قراین گوناگونی در خصوص ضرورت مساعدت دادگاه به داوری وجود دارد،^{۴۹} هم چنین روح کلی مقررات مذکور حاکی از آن است که دادگاهها باید موافقتنامه داوری را الزام آور بدانند و حداقل بخشی از رویه قضایی نیز این نکته را تأیید می کند؛ با وجود این، تصریح ماده ۸ قانون از حیث ملزم کردن صریح دادگاهها به خودداری از اعمال صلاحیت و نیز تکلیف آنها به تضمین اجرای موافقتنامه داوری، حایز نهایت اهمیت است.

ه. دیوان داوری

مقررات این قانون در مورد ترکیب و تشکیل دیوان داوری، جرح داوران، و آیین جرح، شبیه مقررات قانون نمونه آنسیترال با اندک تغییراتی است که به نظر می رسد برای انطباق بیشتر موضوع با شرایط حقوق داخلی ایران ایجاد شده است.

۴۷. رک. مأخذ مذکور در پاورقی ۱۷، صص ۱۵۶-۱۶۰.

۴۸. با بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ مقایسه کنید.

۴۹. مواد ۶۳۸-۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی.

۱. تشکیل دیوان داوری

الف. شرایط داوران: بند ۲ ماده ۱۱ قانون نمونه آنستیرال در خصوص نحوه انتخاب داوران اولویت را صریحاً به قرارداد طرفین داده است. قانون جدید نیز علی‌الاصول همین رویه را حفظ کرده است.^{۵۰} در این قانون هیچ قید یا شرط اثباتی برای اشخاصی که به عنوان داور انتخاب یا تعیین می‌شوند، مشخص نشده است. اما تصریح کرده که اوصاف داور که در موافقتنامه داوری آمده، باید توسط مقام ناصب نیز رعایت شود. این نکته، به نوبه خود حاکی از تأکید مجدد قانونگذار بر اولویت توافق طرفین است.^{۵۱} به هر حال، مقام ناصب باید استقلال و بی‌طرفی لازم داوران را در نظر گیرد.^{۵۲}

تحول جالب دیگر در مورد فقدان هرگونه قیدی در قانون جدید برای داوران، در این است که به اختلاف نظرهایی که اخیراً در مورد اوصاف داوران از دید حقوق اسلامی مطرح شده، پایان می‌دهد. بحث بر سر آن است که آیا از نظر حقوق اسلامی داوران باید همان شرایطی که برای قضات لازم است، مثل ایمان (اسلام) و تخصص لازم در فقه اسلامی (اجتهاد) را داشته باشند.

البته در حقوق اسلامی دلایل متقاعد کننده‌ای وجود دارد که لازم نیست داور همان مشخصات قاضی اسلامی را داشته باشد، خصوصاً اگر ویژگی قراردادی بودن داوری در نظر گرفته شود (در دکتین، نظریه غالب در مورد تعریف و تعیین ماهیت داوری همین است که آن را توافقی و قراردادی می‌داند). علاوه بر این، داوری بین‌المللی یک اسلوب چند فرهنگی است که در سیستم‌های حقوقی متفاوت و به زبانهای گوناگون انجام می‌شود، و تحمیل چنین محدودیتهایی بر داوری بین‌المللی، مغایر با هدف آن است.

خوشبختانه قانون جدید به وسیله مجلس تصویب و توسط شورای نگهبان که نهاد اصلی مسؤول برای نظارت بر انطباق قوانین موضوعه با اصول اسلامی و قانون اساسی می‌باشد، تأیید گردید.^{۵۳} از نظر حقوق اسلامی، حداقل تاحدی که به نظام حقوقی ایران

۵۰. بند ۱ ماده ۱۱.

۵۱. بند ۴ ماده ۱۱.

۵۲. بند ۴ ماده ۱۱.

۵۳. اصول ۴ و ۹۲ - ۹۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

مربوط می‌باشد، این تصویب و تأیید محکم‌ترین دلیل است بر این که ضرورتی ندارد داوران همان شرایط قضات اسلامی را داشته باشند. به هر حال قدر متیقن قضیه این است که هم قضات و هم داوران مسلماً باید مستقل و بی‌طرف باشند.

ب. محدودیت در مورد انتخاب داوران: محدودیت خاصی که در مورد انتخاب

داوران در قانون جدید راه یافته، به شرح زیر می‌باشد:

«... طرف ایرانی نمی‌تواند مادامی که اختلاف ایجاد نشده است به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داوری یک یا چند نفر ارجاع نماید که آن شخص یا اشخاص دارای همان تابعیتی باشند که طرف یا اطراف دعوی دارند».^{۲۱}

ریشه این محدودیت در ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی است که چنانکه هست، منعکس‌کننده تفکری است که در ورای آن نهفته است. با توجه به برخورد آزادی که آشکارا در مواد مختلف قانون جدید در خصوص داوری بین‌المللی به چشم می‌خورد، روشن نیست که چرا این محدودیت دوباره به این قانون راه یافته است.

بدیهی است این محدودیت بیشتر ناظر به حق طرف ایرانی است که بخواهد قبل از تولید اختلاف، داور واحد یا دیوان داوری را که همه اعضای آن منحصراً مرکب از داورانی با تابعیت یکسان با طرف دیگر (خارجی) است، انتخاب کند و مسلماً نباید به معنای محدودیت ارجاع اختلافات آتی به داوری تلقی شود.

قابل ذکر است که برخلاف ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی، قانون جدید نتایج عدم رعایت ماده فوق‌الذکر را معلوم نکرده است، اما روشن است که این ماده خصوصیت آمره دارد و بنابراین، ضمانت اجرای تخلف از آن همان است که در ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی آمده، یعنی بطلان آن قسمت از قرارداد داوری که مغایر با شرط مندرج در بند ۱ ماده ۱۱ قانون جدید است.

جالب این که، ماده مذکور هنگامی اهمیت خواهد یافت که قوانین ایران به عنوان قانون محل داوری، قانون حاکم بر قرارداد داوری شناخته شود. در غیر این صورت، دلیلی وجود ندارد که موافقتنامه داوری که احیاناً برخلاف ماده مذکور تنظیم شده، بی‌اعتبار محسوب شود. حتی اگر استدلال شود که بی‌اعتباری قرارداد داوری منجر به ابطال رأی

۵۴. بند ۱ ماده ۱۱.

داوری خواهد شد، دو نکته به ذهن متبادر می‌شود. اول این که مطابق ماده ۳۳ (۱) (ب) مسأله بی‌اعتباری قرارداد داور در وهله اول باید در پرتو قانون منتخب طرفین ارزیابی شود. بنابراین اعمال قوانین ایران، به عنوان جانشین این انتخاب مطرح می‌شود. دوم، حتی در صورت قابلیت اعمال قوانین ایران، باید گفت اثر نادیده گرفتن مفاد ماده ۱۱ (۱) قانون جدید، قیاساً با ضمانت اجرای مقرر در ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی فقط بطلان آن قسمت از قرارداد داور است که برخلاف ماده مذکور تنظیم شده، و نه کل قرارداد داور.

در نتیجه تخلف از محدودیت مندرج در ماده ۱۱ (۱) اساساً یک عمل خلاف قاعده از حیث ترکیب و تشکیل دیوان داور است، تا بی‌اعتباری قرارداد داور. به علاوه در مورد بی‌اعتباری قرارداد داور، لازم به یادآوری است که طبق ماده ۳۳ (۱) (و) قانون جدید در خصوص موارد ابطال رأی داور، اثر هرگونه تخلف یا ایراد در ترکیب هیأت داور در وهله نخست با مراجعه به موافقتنامه داور است که تعیین می‌شود و فقط در صورتی که موافقتنامه در این خصوص ساکت باشد، با مراجعه به قانون داور تجاری بین‌المللی ارزیابی و معلوم می‌گردد.

به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد که میان بند ۱ ماده ۱۱ این قانون که مشتمل بر محدودیت خاصی برای قرارداد داور از حیث انتخاب داوران می‌باشد از یک طرف، و بند «و» پاراگراف ۱ ماده ۳۳ که به موجب آن برای بررسی آثار هرگونه ایراد و اشکال احتمالی در ترکیب دیوان داور باید ابتدا به قرارداد طرفین در این خصوص مراجعه شود، از طرف دیگر تعارضی وجود دارد. به این ترتیب، مفاد قانون جدید در مورد ترکیب دیوان داور هنگامی قابل اعمال می‌شود که قرارداد داور طرفین در این مورد ساکت باشد. بنابراین حداقل از نقطه نظر بند «و» پاراگراف ۱ ماده ۳۳، مفاد توافق طرفین بر مقررات این قانون، به عنوان مبنای بررسی و تعیین آثار تأثیر هرگونه اشکال و بی‌قاعدگی در ترکیب دیوان داور، و به منظور بطلان حکم اولویت و رجحان دارد.

ممکن است استدلال شود که اگر احراز گردد که قانون ایران حاکم بر موافقتنامه داور نیست محدودیت مندرج در بند ۱ ماده ۱۱ هیچ اهمیتی ندارد. اما در مواردی که قانون ایران به عنوان قانون حاکم بر موافقتنامه داور تعیین می‌شود، تعارض با بند

«و» پاراگراف ۱ ماده ۳۳، همچنان حل نشده باقی می ماند. زیرا اگر موافقتنامه طرفین ساکت باشد، به موجب این ماده، با مراجعه به قانون ایران است که می توان در آخرین مرحله تعیین کرد که آیا بی قاعدگی و اشکالی در ترکیب دیوان داوری وجود داشته است یا نه. به عبارت دیگر بند «و» پاراگراف ۱ ماده ۳۳ متضمن تعارض میان موافقتنامه داوری و قانون نیست، بلکه فقط سلسله مراتب میان آنها را از حیث تقدم و تأخر در اجرا، بیان می کند.

بنابراین، عدم رعایت محدودیت مندرج در بند ۱ ماده ۱۱ می تواند دلیلی بر بی اعتباری قسمت مربوطه از قرارداد داوری باشد، که موجب عدم اجرای همان قسمت از حیث تشکیل دیوان داوری، و توسط دادگاه می شود، مع ذلک ظاهراً دلیل بطلان رأی صادره توسط دیوان داوری که برخلاف محدودیت بند ۱ ماده ۱۱ تشکیل شده، نخواهد بود.

زمینه دوم اختلاف میان این قانون و قانون نمونه آنسترال به شرح زیر می باشد:

بند ۱ ماده ۱۱ قانون نمونه آنسترال می گوید: «هیچ شخصی به دلیل تابعیت خود از تصدی به عنوان داور ممنوع نخواهد شد، مگر طرفین طور دیگری توافق کرده باشند».

علاوه بر این، بند ۵ ماده ۱۱ قانون نمونه در مورد انتخاب داور واحد یا ثالث توسط مقام ناصب، انتخاب داور با تابعیتی غیر از تابعیت طرفین را اصلح و اولی دانسته است.

به موجب قانون جدید نیز داور واحد یا ثالث که مقام ناصب منصوب می کند، باید تابعیتی غیر از تابعیت طرفین داشته باشد. هم چنین تصریح شده که در صورت انتخاب داور برای طرف ممتنع توسط مقام ناصب، اعم از این که ناصب دادگاه یا سازمان داوری باشد، باید اطمینان حاصل شود که وی تابعیت طرف دیگر را نداشته باشد.^{۳۳} قانون جدید هم چنین، مفاد دیگری از مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری را اقتباس کرده است که به شرح زیر می باشد:

«هرگاه در موافقتنامه داوری طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف شخص یا اشخاص معینی داوری نمایند و آن شخص و یا اشخاص نخواهند یا نتوانند به عنوان داور رسیدگی کنند، موافقتنامه داوری ملغی الاثر خواهد بود مگر

آن که طرفین به داوری شخص یا اشخاص دیگری تراضی کنند یا به نحو دیگر توافق کرده باشند».^{۵۶}

این ماده، از ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی بدون هیچ توجیه روشنی اقتباس شده است. در واقع این مسأله به اعتبار یا اجرای موافقتنامه داوری برمی گردد که باید بوسیله دادگاه یا خود دیوان داوری احراز شود و مستقیماً یک مسأله ترکیب یا تشکیل دیوان داوری نیست. در هر حال مطابق ماده (۱۱) ۵ مذکور یکی از مواردی را که مشخصاً موافقتنامه داوری قابل اجرا نیست، در قانون جدید تصریح شده و بدینسان اعمال شیوه دیگری برای انتخاب داور را منع می کند.

۲. جرح داوران

الف. دلایل جرح: همانند ماده ۱۲ قانون نمونه آنستیرال در مورد دلایل جرح داور، به موجب قانون جدید فقدان بی طرفی، استقلال و فقدان مشخصات و اوصافی که داوران طبق قرارداد داوری باید داشته باشند، از موارد جرح می باشد.^{۵۷} در مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی قاعده کلی استقلال و بی طرفی داور وجود نداشت، اما در مواردی که انتخاب داور توسط دادگاه صورت می گیرد، محدودیتهایی را در مورد انتخاب داوران بیان کرده است. این محدودیتها نزدیک به همان شرط استقلال و بی طرفی قضات است و هدف آن جلوگیری از انتخاب اشخاصی است که فاقد وصف استقلال و بی طرفی

۵۶. بند ۵ ماده ۱۱.

۵۷. دلایل جرح مذکور در ماده ۱۲ عبارتند از:

« ۱. داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهایی در خصوص بی طرفی و استقلال او شود، و یا این که واجد اوصافی که مورد توافق و نظر طرفین بوده است، نباشد. هر طرف صرفاً به استناد علی که پس از تعیین داور از آنها مطلع شده، می تواند داوری را که خود تعیین کرده و یا در جریان تعیین او مشارکت داشته است، جرح کند.

۲. شخصی که به عنوان داور مورد پیشنهاد قرار می گیرد، باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی طرفی و استقلال او می شود، افشاء نماید. داور باید از موقع انتصاب به عنوان داور و در طول جریان داوری نیز بروز چنین اوضاع و احوالی را بدون تأخیر به طرفین اطلاع دهد، مگر این که قبلاً آنان را از اوضاع و احوال مذکور مطلع نموده باشد».

با وجود این، مقررات قانون آیین دادرسی مدنی دو مسأله را مطرح می‌کند: اول، آیا زمانی که انتخاب داور توسط خود طرفین صورت می‌گیرد، این محدودیتها به طور برابر لازم‌الرعایه است؟ دوم این که آثار عدم رعایت این محدودیت چیست؟ بنابراین، این برعهده قواعد کلی دادرسی است که معلوم کند آیا تقاضای عزل داور منتخب طرفین که با نقض محدودیت‌های قانون آیین دادرسی مدنی انتخاب شده، موجه است یا نه.

این نکته همچنین این سؤال را مطرح می‌کند که آیا رأیی که در صدور آن داوری مشارکت داشته که بدون رعایت محدودیت‌های مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی انتخاب شده، می‌تواند توسط دادگاه باطل شود. مطابق ماده ۶۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی اگر رأی مغایر با قوانین موجد حق باشد باطل بوده و می‌توان تقاضای ابطال آن را از دادگاه نمود. البته ماده مذکور مربوط به محتوای رأی است و این پرسش همچنان مطرح است که آیا شامل رأی صادره توسط داور غیربی طرف و غیرمستقل هم می‌شود؟ در هر صورت، قانون جدید تاحدی که به داوری اختلافات تجاری بین المللی مربوط می‌شود موضوع را بیشتر روشن کرده و بر مفهوم بی طرفی و استقلال داوران،^{۵۹} بدون هیچ گونه تمایزی میان داوران منتخب طرفین یا داوران ثالث، تأکید کرده است.

علاوه بر این، یکی از دلایل جرح داوران، فقدان شرایط مورد توافق طرفین در داور می‌باشد. این مقرره همچنین در مورد قواعد داوری توافق شده توسط طرفین نیز تسری می‌یابد. البته مورد اخیر در ماده ۱۲ قانون جدید صراحت ندارد. به هر حال ماده ۷ این قانون بیان می‌کند که «ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقتنامه مستقل داوری خواهد بود». در نتیجه، عدم رعایت شرایط ضروری برای داوران که به موجب قواعد داوری مورد توافق طرفین مقرر شده، نیز از جمله ادله جرح داور است.

۵۸. ماده ۶۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی.

۵۹. برای بحث پیرامون فرق بی طرفی و استقلال در عمل، مراجعه نمایید به:

Michael Tupman, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, 38 International and Comparative Law Quarterly, 1989, at p. 26.

ب. آیین رسیدگی به جرح: در خصوص آیین رسیدگی به جرح، اصولاً روشی که در قرارداد طرفین مورد توافق گرفته، اولویت دارد.^{۶۰} در نتیجه، در صورت درج قواعد داوری خاصی در قرارداد طرفین، اعم از این که قواعد داوری سازمانی باشد یا نه، آیین جرح و مکانیسم پیش بینی شده در همان قواعد، حاکم خواهد بود. در صورت مراجعه طرفین به داوری سازمانی، تصمیم در مورد جرح بر عهده سازمان مربوطه می باشد،^{۶۱} که تصمیم آن قطعی است و قابل تجدید نظر یا استیناف نخواهد بود.^{۶۲}

اگر طرفین در مورد آیین جرح موافقت نکرده باشند، هریک از ایشان می تواند تصمیم گیری در خصوص موضوع را از دادگاه تعیین شده در بند ۱ ماده ۶ این قانون درخواست کند.^{۶۳} البته مادام که این درخواست در جریان رسیدگی است، داور می تواند رسیدگی را ادامه دهد و رأی صادر نماید.^{۶۴}

و. صلاحیت دیوان داوری

۱. اصل صلاحیت در تعیین صلاحیت

قانون داوری تجاری بین المللی جدید از حیث وارد کردن این اصل شناخته شده و معتبر که مرجع داوری صلاحیت دارد قلمرو صلاحیت خود را تعیین نماید، در نظام حقوق داوری ایران گام بزرگی برداشته است، زیرا تا قبل از تصویب قانون جدید، این اصل در مقررات آیین دادرسی مدنی درباره داوری غایب بود و در نتیجه اعمال آن توسط مراجع داوری با سؤال و تردید مواجه بود.

ماده ۱۶ قانون جدید مقرر می دارد که دیوان داوری «می تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند». اصل مندرج

۶۰. بند ۱ ماده ۱۳.

۶۱. بند ۲ ماده ۶.

۶۲. قسمت سوم بخش ج مقاله را ملاحظه نمایید.

۶۳. بند ۳ ماده ۱۳.

۶۴. بند ۳ ماده ۱۳.

در این ماده، یکی از اصول جا افتاده و مسلم در تئوری و رویه داوری بین المللی است.^{۶۵} توسعه و تحول این اصل در افزایش کارایی و نیز تأمین خودکفایی فراوان برای داوری بین المللی نهایت اهمیت را داشته است.

قانون آیین دادرسی مدنی در این زمینه ساکت است، و ماده ۶۳۶ آن مقرر می دارد:

«در مورد ماده قبل [نصب داور برای طرف ممتنع توسط دادگاه] هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه قبلاً به آن رسیدگی کرده پس از احراز معامله و قرارداد، داور [طرف] ممتنع را معین می نماید.»

این ماده در بر دارنده قاعده کلی شبیه آنچه در ماده ۸ (۱) قواعد نمونه آنسیترال وجود دارد، می باشد بدین معنی که اگر دادگاه تصمیم بگیرد که موافقتنامه داوری باطل است، یا معتبر نیست یا غیر قابل اجرا است، به آن ترتیب اثر نخواهد داد. اما آنچه ماده ۶۳۶ مذکور را با سؤال و ابهام مواجه کرده، این است که با توجه به عدم پیش بینی صحیح اختیار مرجع داوری که درباره صلاحیت خود و نیز اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد داوری اتخاذ تصمیم کند، طبعاً این فرض را قوت می بخشد که کلیه این موضوعات باید منحصرأ توسط دادگاه رسیدگی و تصمیم گیری شود. رویه های داخلی پراکنده در خصوص داوری نیز نتوانسته این ابهام را برطرف کند. به این ترتیب، قانون جدید با پیش بینی اصل صلاحیت در صلاحیت برای دیوان داوری، تحول بزرگی را در توسعه و تکمیل قواعد داوری نظام حقوقی ایران به وجود آورده است.

۲. رأی در صلاحیت

بر خلاف ماده ۱۶ (۳) قانون داوری نمونه آنسیترال، طبق قانون جدید صدور رأی مقدماتی در مورد صلاحیت دیوان داوری و نیز در مورد وجود و اعتبار موافقتنامه داوری

۶۵. کنوانسیونها و قواعد داوری مختلف و همین طور رویه داوری بین المللی با ماهیت عمومی یا تجاری این اصل را تأیید می کند. رک.

Rene David, *Arbitration in International Trade*, Kluwer Law & Taxation Publishers, The Netherlands, 1985, pp. 258 - 287, and Note 17, pp. 329 - 330.

اجباری است، و نه اختیاری،^{۶۶} و فقط صدور رأی در مورد ایراد تجاوز از اختیارات از ناحیه دیوان داوری است که می تواند ملحق به ماهیت شود یا به صورت جداگانه و طی رأی مقدماتی انجام شود.^{۶۷} رأی مقدماتی دیوان داوری درباره این موضوعات می تواند ظرف ۳۰ روز از ابلاغ مورد اعتراض و رسیدگی تجدید نظر توسط دادگاه موضوع ماده ۶ قانون قرار گیرد. البته دیوان داوری می تواند مادام که درخواست تجدید نظر تحت رسیدگی است، به کار خود ادامه دهد و حتی رأی صادر نماید.^{۶۸}

۳. صدور دستور موقت توسط دیوان داوری

مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در باب داوری، در خصوص حق مرجع داوری برای صدور دستور موقت و اقدامات تأمینی ساکت است، و چنین حقی را فقط از آن محاکم دادگستری می داند.^{۶۹} اما اکنون با تصویب قانون جدید، دیوان داوری می تواند به درخواست هریک از طرفین دستور موقت صادر نماید.^{۷۰} در واقع، در حقوق ایران اولین بار است که مقرراتی برای اجازه صدور دستور موقت توسط مرجع داوری تصویب و وضع می شود. اما آنچه باید در طول زمان و در رویه عملی معلوم شود عبارت است از تعیین قلمرو دستور موقتی که دادگاه پیش بینی شده در ماده ۶ به موجب ماده ۹ قانون جدید می تواند صادر کند، و نیز محدوده دستور موقت هایی که خود دیوان داوری ذی ربط حق دارد طبق قانون جدید (ماده ۱۷) صادر نماید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

۶۶. بند ۳ ماده ۱۶.

۶۷. بند ۳ ماده ۱۶.

۶۸. بند ۳ ماده ۱۶.

۶۹. علاوه بر سکوت قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری، مقررات کلی قانون آیین دادرسی مدنی در مورد دستور موقت به طور ضمنی بیان می کند که چنین اختیاری حتی نسبت به مسائل مطروحه در داوری، با دادگاه می باشد (ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی).

۷۰. ماده ۱۷.

ز. آیین رسیدگی داوری

مقررات فصل پنجم قانون جدید درباره اداره جریان داوری (مواد ۲۶-۱۸) بسیار شبیه مقرراتی است که در باب پنجم قانون نمونه آنستیرال در همین مورد آمده (مواد ۲۷-۸)، مع ذلک قانون جدید حاوی نکات جالب و ویژگیهای برجسته‌ای در این زمینه است.

نوآوریها و تحولاتی که قانون جدید درخصوص اداره جریان داوری و در مقایسه با آنچه در مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی وجود دارد، ایجاد کرده، در واقع همان مواردی است که از قانون داوری نمونه آنستیرال اقتباس کرده و در قانون جدید منعکس شده است. از جمله ویژگیهای برجسته قانون جدید در این زمینه، یکی اصل اولویت مفاد موافقتنامه داوری درباره نحوه اداره جریان رسیدگی و داوری، و دوم، در غیاب توافق طرفین، اصل استقلال عمل دیوان داوری در همین زمینه و بالاخره تعامل و تأثیر متقابل این دو اصل در یکدیگر است.

۱. اولویت موافقتنامه داوری

مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری، اصل برتری موافقتنامه داوری از حیث نحوه اداره جریان داوری را، تا حد زیادی پذیرفته است،^{۳۱} اما قانون جدید در این زمینه بسی روشن‌تر و صریح‌تر است. طبق ماده ۱۹ قانون جدید، «طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون، در مورد آیین رسیدگی داوری توافق نمایند». البته اولویت توافق‌های طرفین برای تعیین موضوعات دیگری که در قانون جدید ذکر شده، نیز مشهود و روشن است، مانند محل داوری^{۳۲} زبان داوری،^{۳۳} نحوه تسلیم دادخواست و

۷۱. ماده ۶۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد که: «داورها در رسیدگی و رأی، تابع اصول محاکمه نیستند ولی باید شرایط قرارداد داوری را رعایت کنند». ماده ۶۵۸ نیز مقرر می‌دارد که: «رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد».

۷۲. بند ۱ ماده ۲۰.

۷۳. ماده ۲۱.

دفاعیه،^{۷۴} استماع شفاهی و تبادل لوایح.^{۷۵} بدیهی است که اصل آزادی عمل طرفین درباره تعیین آیین رسیدگی شامل انتخاب قواعد داوری که در موافقتنامه داوری ذکر می شود - اعم از این که قواعد داوری سازمانی باشد یا داوری موردی - نیز هست. به علاوه شک نیست که هم مطابق اصول و هم بر حسب آنچه از مقررات قانون جدید در این زمینه بر می آید، مفاد و شرایط مندرج در موافقتنامه داوری طرفین درباره آیین رسیدگی، نسبت به تصمیمات و دستوراتی که داوران در این خصوص صادر می کنند نیز رجحان و برتری دارد.

۲. استقلال دیوان داوری

دیوان داوری حق دارد، در غیاب توافق طرفین، درباره قواعدی که باید در طول دادرسی اعمال شود، تصمیم گیری کند. البته اختیارات وسیعی که داوران دارند، به موجب مقررات آمره قانون جدید از قبیل اصل رفتار برابر نسبت به طرفین و نیز حق درخواست استماع محدود می شود. این دو اصل، در ماده ۱۸ قانون مذکور آمده است، و نقض و تخلف از آن از جمله موارد ابطال رأی داوری است.^{۷۶}

قلمرو استقلال دیوان داوری از حیث تعیین آیین رسیدگی در غیاب توافق طرفین، شامل اموری از قبیل موارد زیر نیز می شود: اداره جریان داوری به شیوه ای که داوران مناسب و مقتضی می دانند؛ قبول ادله و نیز تصمیم گیری درباره موضوعیت و ارزش اثباتی آنها؛ تعیین محل داوری؛ زبان یا زبانهای داوری؛ ترتیب تبادل لوایح و تعداد و دفعات آن؛ برگزاری جلسه استماع اضافی یا تسلیم لوایح اضافی؛ و سایر موضوعات مربوط به آیین رسیدگی در داوری.

آنچه در قانون جدید از حیث تعیین آیین رسیدگی و داوری نهایت اهمیت را دارد آن است که دیوان داوری برای اداره جریان داوری به هر شیوه و کیفیتی که خود مناسب بداند، از آزادی عمل کامل برخوردار است؛ و هیچ تکلیفی به رعایت مقررات آیین دادرسی داخلی، مگر آن قسمت از قواعد و اصول بنیادی مربوط به آیین دادرسی که از قضا در متن

۷۴. بند ۱ ماده ۲۲.

۷۵. بند ۱ ماده ۲۳.

۷۶. بند «د» و «و» پاراگراف اول ماده ۳۳.

۳. مساعدت دادگاه در دستیابی به ادله

همانطور که اشاره شد، قانون جدید از بعضی جهات از مقررات قانون نمونه آنسیترال عدول کرده است. به عنوان مثال، که نمونه مثبت و مطلوبی هم نیست، مفاد ماده ۲۷ قانون نمونه، در قانون جدید منعکس نشده است. مطابق ماده ۲۷ مذکور، دیوان داوری یا هریک از اصحاب دعوا با اجازه دیوان می تواند برای دستیابی به مدارک و ادله به دادگاه مراجعه و تقاضای همکاری نماید. امکانی که در ماده ۲۷ قانون نمونه پیش بینی شده، می تواند با توجه به ماهیت و نوع دعوا و ادله ای که در آن مطرح است، نهایت اهمیت را در جریان رسیدگی داشته باشد.

یکی از اهداف مورد نظر از درج این ماده در قانون نمونه داوری آن است که محدودیتهایی که ممکن است دیوان داوری از حیث دسترسی به ادله در نظام های مختلف حقوقی، با آن مواجه شود ترمیم و مرتفع سازد. طیف این قبیل محدودیت ها که قانون داخلی بر دیوان های داوری وارد می کند، از ممنوعیت دیوان در صدور دستور افشای مدارک و انجام تحقیقات تا تحقیق از شهود با اتیان سوگند که باید توسط مراجع انتظامی و پلیس یا دادگاه انجام شود، گسترده است.^{۷۸}

به طور کلی، محدودیت اختیارات و اجازه دیوان داوری در مورد دسترسی به ادله، حسب تعریف، ناشی از ماهیت خصوصی و غیر دولتی داوری است. به عنوان مثال، دادگاه می تواند به مراجع عمومی یا اشخاص ثالث که ادله و مدارکی را در اختیار دارند، دستور دهد آنها را افشا و به دادگاه ارائه نمایند، در صورتی که قلمرو اختیارات مراجع داوری طبعاً این همه وسیع نیست.

قانون آیین دادرسی مدنی ایران در مورد داوری، درباره امکان استماع شهود توسط دیوان داوری ساکت است، هرچند آن را منع هم نمی کند. ماده ۶۵۲ قانون مذکور مقرر می کند که «طرفین باید اسناد و مدارک خود را به داورها بدهند و داورها نیز می توانند

۷۷. چنین آزادی عملی قبلاً به موجب مقررات داوری آیین دادرسی مدنی (ماده ۶۵۷) وجود داشت.

78. Note 17, above at pp. 241 - 245 and 369 - 377.

توضیحات لازم را از آنها بخواهند»، اما مشخص نمی‌کند آیا داوران حق استماع و تحقیق از شهود هم دارند یا نه.

طبق اصول و موازین کلی آیین دادرسی در این زمینه، تحقیق از شهود بر عهده دادگاه است.^{۷۹} بنابراین، این که آیا شهادتی که در محضر مرجع داوری ادا شده، اعم از این که با اتیان سوگند بوده یا نه، هم سنگ شهادت در دادگاه هست یا نه و آیا همان آثار را، مثلاً از حیث شهادت کذب در دادگاه، دارد یا نه از نظر حقوق ایران معلوم نیست و محل بحث است. افزون بر این، طبق قانون آیین دادرسی مدنی ایران، فقط محاکم حق دارند دستور دهند مدارک مربوط به دعوا که احیاناً نزد مقامات دولتی است، ارائه شود.^{۸۰} با توجه به این محدودیتها، معلوم نیست چرا در قانون داوری تجاری بین المللی، از مفاد ماده ۲۷ قانون نمونه آنسیترال استفاده نشده، در حالی که درج آن در قانون جدید می‌توانست کمبودهایی را که بطور طبیعی در مورد اجازه و اختیار دیوان داوری در زمینه دستیابی به مدارک وجود دارد، مرتفع نماید.^{۸۱}

۴. ورود شخص ثالث

از جمله ترتیباتی که خاص قانون جدید است، امکان مداخله شخص ثالث در جریان داوری است که معادل و قرینه آن در قانون نمونه آنسیترال وجود ندارد. ماده ۲۶ قانون جدید مقرر می‌کند:

«هرگاه شخص ثالثی در موضوع داوری برای خود مستقلاً حقی قابل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی نفع بداند، می‌تواند مادام که ختم رسیدگی اعلام نشده است وارد داوری شود، مشروط به این که موافقتنامه و آیین داوری و داور را بپذیرد و ورود وی مورد ابراد هیچ کدام از طرفین واقع نشود».

۷۹. مواد ۴۱۹-۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی.

۸۰. ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی؛ مواد ۳۰۸-۳۰۵.

۸۱. ممکن است علت این امر اجتناب از طولانی شدن رسیدگی به دلیل تأخیرهایی که توسل به مساعدت دادگاه به بار می‌آورد، باشد.

درج این ماده در قانون جدید، ظاهراً میراثی است که از قانون آیین دادرسی مدنی به آن راه یافته است.^{۸۲} اما معلوم نیست آیا ملاحظات مبتنی بر ضرورت کارایی داور، مانند تسهیل داوریه‌های چند طرفه، هم در قید این ماده در قانون مؤثر بوده یا نه.

در داورى بین المللى، ورود شخص ثالث چندان رایج نیست و نسبت به مفهوم نسبی بودن آثار قرارداد داورى و نیز رأی داورى که فقط نسبت به طرفین و قائم مقام ایشان مؤثر است، بیگانه است. مسأله ورود ثالث در جریان داورى، هنگام قید و تدوین انواع قواعد داورى به ویژه داورى‌های موضوع حقوق بین الملل عمومى به دفعات مطرح شده است، اما در قواعد داورى مربوط چندان انعکاسی نیافته است. مؤسسه حقوق بین الملل، ورود ثالث در داورى‌های بین المللى را، جز در مواردی که طرفین توافق کرده باشند، پذیرفته است.^{۸۳} اما بعدها، در ماده ۵۶ کنوانسیون لاهه ۱۸۹۹ و نیز در ماده ۸۴ کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷ در مورد حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات که هر دو راجع است به تنظیم مقررات داورى حقوق بین الملل عمومى؛ ورود شخص ثالث فقط در صورتی که مسأله تفسیر معاهدات دوجانبه یا چند جانبه‌ای که دولت ثالث وارد نیز عضو آن معاهده است، در داورى مطرح باشد، پذیرفته شد.^{۸۴}

در جریان فعالیتهای کمیسیون حقوق بین الملل در دهه ۱۹۵۰ در مورد آیین رسیدگی داورى، که به تهیه و تدوین پیش نویس کنوانسیون در مورد آیین داورى (۱۹۵۳) و نیز قانون نمونه در مورد آیین داورى (۱۹۵۸) منجر شد، مسأله ورود ثالث مطرح و مورد بحث بود، اما در هیچ یک از اسناد کمیسیون وارد نشده و به صورت یک مقررّه انعکاس نیافته است.^{۸۵} علاوه بر این، هر چند در مواد ۶۲ و ۶۳ اساسنامه دیوان بین المللى دادگستری

۸۲ ماده ۶۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی حاوی مقررات مشابهی است که مداخله شخص ثالث در داورى را اجازه می دهد.

83. Article 16 of the Draft Reglement on Arbitration Procedure of Institute of International law, ... quoted in Shabtai Rosenne, "Intervention in the International Court of justice", Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 2.

84. Gillis Wether, "International Arbitral Process "Public and Private" Oceana Publications, 1979, Vol. v, 186, p. 221.

85. As note 84, above, at pp. 228-229.

امکان ورود ثالث در جریان رسیدگی پیش بینی شده، اما این دیوان اصولاً یک مرجع رسیدگی قضایی است تا یک دیوان داوری.

مفهوم ورود ثالث، از نظر داوری تجاری بین المللی، ناشناخته نیست^{۸۶} اما چندان متداول و رایج هم نمی باشد، چرا که اجازه ورود ثالث ماهیت خصوصی (و نسبی) بودن داوری را نفی می کند و برخلاف ویژگی قراردادی بودن آن است. به هر حال، این موضوع علی الاصول در پیوند با مسأله دعاوی چند طرفه مطرح می شود،^{۸۷} و گفته شده:

«در مواردی که علاوه بر مداخله خواهان و خوانده اصلی، ورود شخص ثالثی نیز پیش بینی می شود، منشأ قراردادی اختیارات داور باید تا جایی توسعه یابد که اراده و موافقت همه طرفهای درگیر در موضوع نسبت به قرارداد داوری را در برگیرد»^{۸۸}.

با این همه، باید پذیرفت که گرچه ماده ۲۶ قانون جدید تحت عنوان «ورود ثالث» امکان ورود ثالث در جریان داوری را پیش بینی نموده، اما آن را به تحقق دو شرط صریح موکول کرده است. نخست این که وارد ثالث قرارداد داوری، آیین داوری و نیز داور یا داورانی را که مشغول رسیدگی هستند بپذیرد، و دوم این که اصحاب دعوا ایرادی به ورود او نکنند. به یک معنا، آنچه در قانون جدید تحت عنوان ورود ثالث مقرر شده در واقع پیش بینی نوعی داوری چند طرفه است، زیرا هم رضایت اصحاب اصلی دعوا و هم موافقت وارد ثالث، شرط مقدم آن است. به این ترتیب، درج ماده ۲۶ در قانون جدید نقطه آغاز یک تحول در جهت قبول و اجازه داوری چند طرفه تحت قانون مذکور است.

86. Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, Butterworths, London (1982), at pp. 105 - 108.

87. As note 86, above at pp. 109-116.

88. Sigvard Jarvin, The Sources and Limits of The Arbitrator's Powers, in Julian Lew, Contemporary Problems in International Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, 50, cit., p. 59.

توضیح این که بند ۶ ماده ۱۱ قانون جدید نحوه تشکیل دیوان داوری در داوری چند جانبه را پیش بینی می کند.

ح. تصمیم‌گیری در ماهیت دعوا

۱. قانون حاکم

الف. انتخاب قانون توسط طرفین: احترام به آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر دعوا که در قانون جدید پیش بینی شده، مانند مقررات مشابهی که در قانون نمونه آنسیترال برای اولویت توافق طرفین وجود دارد، کاملاً شاخص و پیدا است. ماده ۲۷ (۱) قانون جدید در واقع ترجمه فارسی عین ماده ۲۸ (۱) قانون نمونه آنسیترال است. از نظر قانون جدید، انتخاب طرفین در مورد قانون ماهوی اولویت دارد و هیچ‌گونه محدودیتی ندارد. با این همه، این پرسش همچنان مطرح است که آیا اولویت و حاکمیت انتخاب طرفین در برابر قوانین آمره ایران نیز، معتبر و حاکم است یا نه. این سؤال از دو جهت مطرح می‌شود. نخست، از حیث میزان محدودیتی که قوانین ایران به عنوان نظم عمومی بر آزادی اراده طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم وارد می‌کند. بدیهی است این جنبه فقط در فرضی قابل طرح است که قانون ایران به نحوی از انحاء، قانون حاکم بر موافقتنامه داوری باشد.^{۸۹} دوم، از نظر میزان تأثیری است که قوانین ایران به عنوان نظم عمومی بر تصمیم و رأی دیوان داوری دارد، و احیاناً قانون منتخب طرفین را معتبر نمی‌داند.

به نظر نمی‌رسد بتوان ماده ۲۷ (۱) قانون جدید را طوری تفسیر کرد که مجوز اعتبار هرگونه انتخاب قانون ماهوی حاکم باشد، بلکه این ماده انتخاب طرفین را تا جایی محترم شمرده که به موجب قانون حاکم بر موافقتنامه داوری نیز معتبر باشد. فرض کنیم در یکی از حالات، قانون حاکم بر موافقتنامه داوری، قانون ایران باشد، آنگاه برای پاسخ این سؤال که آیا اصولاً اصحاب دعوا می‌توانند و اگر آری، تا کجا می‌توانند قانون ماهوی حاکم را انتخاب و تعیین نمایند، طبعاً باید به قانون ایران مراجعه شود. البته قوانین ایران در این مورد با دشواری‌هایی مواجه است و به ویژه از حیث آزادی عمل اتباع ایرانی برای موافقت با چنین انتخاب مطلق و نامقیدی چندان روشن و آسان نیست. ماده ۹۶۸ قانون مدنی در مقام بیان یک قاعده حل تعارض در این زمینه، مقرر می‌کند:

۸۹. رک. بند ۲ بخش «د» این مقاله.

«تعهدات ناشی از عقود تابع محل وقوع عقد است، مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

این ماده، در واقع آزادی انتخاب اتباع ایرانی را که برخلاف قاعده مندرج در آن باشد با این فرض که به علت انعقاد قرارداد در ایران، موضوع مشمول قانون ایران خواهد بود محدود می‌کند. البته این که آیا مقررات ماده ۹۶۸ امری است یا نه، بین حقوقدانان ایرانی بحث و اختلاف نظر است، بعضی از ایشان آن را امری می‌دانند،^{۹۰} و بسیاری دیگر با توجه به عبارات و متن قانون و نیز روندهای حقوقی غالب و جاری آن را از جمله مقررات تکمیلی می‌دانند که طرفین می‌توانند ضمن قرارداد از آن عدول کنند.^{۹۱}

علاوه بر این، چه بسا بعضی که اساساً ارتباط نظم عمومی داخلی نسبت به مسأله قانون منتخب طرفین در داوریهای بین‌المللی را نمی‌پذیرند، هرگونه مقررات آمره را که محدودیتهایی را بر انتخاب قانون حاکم توسط طرفین اعمال کند، رد کنند.^{۹۲} با این همه نباید از این نکته غافل بود که دیوانهای داوری انگیزه‌های قوی دارند که به ویژه از حیث رعایت مقررات نظم عمومی کشور محل داوری، این قبیل نکات را به درستی رعایت و ملحوظ کنند تا قابلیت اجرای رأی که در فرجام کار صادر می‌کنند، بیشتر تضمین شده باشد.

و اما در اعتبار جنبه دوم سؤالی که در بالا مطرح شد، یعنی تأثیر مقررات نظم عمومی در اعتبار رأی داوری، ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران مقرر می‌کند:

«محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور

۹۰. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، انتشارات بهنشر، ص ۳۸۹.

۹۱. نجاد علی الماسی، تعارض قوانین، انتشارات نشر دانشگاهی، ص ۲۱۱ و مرتضی نصیری، حقوق چند ملیتی، انتشارات سپهر، ص ۱۰۷-۱۰۵.

92. See generally, Julian Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, New York, 1978, cit., pp. 545 - 555.

گرچه این ماده خطاب به محاکم است، اما دیوان داوری که در پرتو قواعد تعارض قوانین حقوق ایران عمل می‌کند نیز باید مفاد این ماده را ملحوظ و مورد توجه قرار دهد. به علاوه، حتی دیوان داوری که مأخوذ به مقررات تعارض قوانین کشور مقرر خود نیست، باز هم باید از حیث قابل اجرا بودن رأی که صادر می‌کند، مراقب باشد که رأی او برخلاف نظم عمومی کشور محل داوری نباشد.^{۹۴}

هرچند ممکن است مطالبی که درباره پاره‌ای ابهامات قوانین ایران در زمینه قانون ماهوی حاکم ذکر نمودیم، در عمل چندان اهمیت و موضوعیتی پیدا نکنند، اما در چشم انداز بلند مدت چنین به نظر می‌رسد که قوانین مربوط محتاج اصلاح و تکمیل است، به نحوی که مقررات و قواعد حقوق بین الملل خصوصی ایران نیز با اهداف و مقاصد قانون داوری تجاری بین المللی هماهنگ و همسو گردد.

ب. **انتخاب قانون توسط دیوان داوری:** مطابق ماده ۲۷ (۲) قانون جدید، در غیاب هرگونه تعیین قانون ماهوی حاکم توسط طرفین، دیوان داوری «براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد». متن فارسی این ماده طوری تنظیم شده که با ماده ۲۸ (۲) قانون نمونه آنسیترال متفاوت است. طبق قانون نمونه، دیوان داوری «قواعد حل تعارضی که خود قابل اعمال بدانند» اعمال می‌کند و به عبارت دیگر، تعیین قواعد حل تعارض و نیز ارتباط آن با موضوع دعوا، بر عهده خود دیوان داوری است. در واقع قانون نمونه آنسیترال خواسته به دیوان‌های داوری آزادی عمل کافی را برای انتخاب قواعد حل تعارض که خود دیوان

۹۳. ماده ۹۷۵ کاملاً نزدیک به مقرراتی است که می‌توان در قوانین بسیاری از کشورها پیدا کرد. این رویه در اغلب کشورها مشترک است که اجازه اعمال قوانین خارجی را که مغایر با نظم عمومی آن کشور باشد، نمی‌دهند. به عنوان مثال، ماده ۱۷ قانون حقوق بین الملل خصوصی سویس مقرر می‌دارد که: «اعمال و اجرای مفاد قانون خارجی که مغایر با نظم عمومی سویس باشد، ممنوع است».

Marc Blessing, "The New International Arbitration Law in Switzerland : A Significant Step Towards Liberalism", 5 J. Int. Arb. 2, (1988), 9, cit., p. 56.

۹۴. مطابق بند ۲ ماده ۳۴ قانون جدید رأی که مغایر با نظم عمومی، اخلاق حسنه و مقررات آمره باشد. بی اعتبار است.

مناسب و مقتضی می‌داند، خواه قواعد تعارض داخلی باشد یا بین‌المللی، و یا قواعدی که برای داوری‌های بین‌المللی مناسب است، به آنها اعطا کند.^{۹۵}

اما ماده ۲۷ (۲) قانون جدید با عدم تصریح به اختیار و اجازه دیوان داوری در تعیین و انتخاب قواعد حل تعارض مناسب و نیز در تشخیص ارتباط آنها با موضوع دعوا، چنین القاء می‌کند یا لاقلاً این سؤال را مطرح می‌کند که گویا به مجموعه خاص و مشخصی از قواعد حل تعارض نظر دارد، و نه هرگونه قواعدی که دیوان داوری ممکن است مناسب تشخیص دهد، یا حاکم بر موضوع بداند. معلوم نیست این نوع عبارت‌پردازی ماده ۲۷ (۲) قانون جدید ناشی از ضعف تألیف و جمله‌بندی است یا عمدی بوده است، مسلماً در صورتی که عمدی بوده باشد، آن‌گاه این احتمال مطرح می‌شود که شاید مقصود قانونگذار اشاره و ارجاع به قواعد حل تعارض معتبر و جاری در محل داوری، یعنی ایران بوده باشد. شک نیست که در صورت صحت این فرض، محدودیتهایی بر دیوان داوری وارد می‌شود که نه ضروری است، نه هماهنگ با قانون نمونه آنسترال، و نه همسو با رویه و روند جاری.^{۹۶}

البته این که ماده ۲۷ (۲) قانون جدید عملاً طوری تنظیم شده که احتمال مذکور را نتیجه دهد، بسیار بعید است و هیچ نشانه‌ای در قانون وجود ندارد که خواسته باشد از اصول پایه و پشتوانه ماده ۲۸ (۲) قانون نمونه آنسترال انحراف جوید زیرا اگر چنین قصدی در کار بود که مقررات و قواعد حل تعارض ایران به صورت ثابت ملاک تصمیم‌گیری دیوان داوری در تعیین قانون حاکم باشد، می‌بایست صریحاً در قانون ذکر می‌شد.

در پایان، به اشارت یادآوری می‌کنیم که مطابق قانون، دیوان داوری می‌تواند براساس عدالت و انصاف یا به صورت کدخدامشی نیز رسیدگی و تصمیم بگیرد، مشروط

95. As note 92, above, pp. 229-352: Ole Lando, "The Law Applicable to The Merits of the Dispute, in Julian Lew, Contemporary Problems in International Arbitration", Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, pp. 107-111; and also note 17, above, pp. 255-271

۹۶. رک. پانویس ۹۵.

بر این که طرفین چنین اختیاری را به آن داده باشند.^{۹۷} و بالاخره، قانون جدید مقرر می کند که دیوان داوری «باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد».

۲. تصمیم گیری هیأت داوران، شکل و مفاد رأی داوری

در مواردی که هیأت داوری تشکیل می شود، قاعده و روش تصمیم گیری عبارت است از اتخاذ تصمیم براساس اکثریت آراء. برخلاف قانون نمونه آنسیترال. طبق قانون جدید، این قاعده برای تصمیم گیری در مورد مسائل شکلی آیین دادرسی نیز جاری است و این که طرفین یا اعضای هیأت داوری به رئیس هیأت داوری اجازه دهند که در موضوعات مربوط به آیین دادرسی شخصاً و به تنهایی تصمیم گیری نماید، پیش بینی نشده است.^{۹۸} مع ذلک به نظر نمی رسد که قانون جدید امکان آن را منتفی و ممنوع کرده باشد، زیرا خلاف مقررات آمره نیست.

رأی داوری باید کتبی باشد و به امضای همه داوران برسد. در مواردی که بیش از یک داور وجود دارد، امضای اکثریت داوران برای اعتبار رأی کافی است، مشروط بر این که دلیل عدم امضای عضو دیگر ذکر شود.^{۹۹} علاوه بر این، رأی باید مستدل باشد، مگر این که طرفین طور دیگری توافق کرده باشند یا رأی به صورت سازشی و شرایط مرضی الطرفین صادر شده باشد.^{۱۰۰}

۹۷. بند ۳ ماده ۲۷.

۹۸. ماده ۲۹.

۹۹. رک. بند ۱ ماده ۳۰ قانون جدید. این ماده قرینه بند ۱ ماده ۳۱ قانون نمونه آنسیترال می باشد. محل تردید است که قسمت آخر مقررات آنسیترال دیوانی را که یکی از اعضای آن در تصمیم گیری حضور ندارد معتبر بدانند، زیرا بند ۱ ماده ۳۱ قانون نمونه آنسیترال اصولاً برای چنین حالتی تنظیم نشده است، بلکه عمدتاً ناظر است به امتناع یا عدم توانایی یکی از داوران در امضای حکم. به هر حال، ذکر این نکته جالب است که ماده ۶۵۰ قانون آیین دادرسی مدنی اجازه می دهد دیوانی که یکی از اعضای آن حاضر نیست، به کار خود ادامه دهد. می توان پرسید که آیا وجود همین سابقه تقنینی بوده که به نحوی در بند ۱ ماده ۳۰ این قانون منعکس شده؟

۱۰۰. بند ۲ ماده ۳۰.

ط. قطعی بودن رأی و موارد اعتراض به آن

به طور کلی آرای که دیوان داوری مطابق مقررات قانون داوری تجاری بین المللی صادر می کند، قطعی و لازم الاجرا است، مگر این که یکی از موجبات عدم اعتبار رأی نسبت به آن صدق نماید.^{۱۰۱} قانون مذکور مواردی را که ممکن است رأی داوری بین المللی بی اعتبار شود، مشخص نموده است، همچنان که در قوانین داخلی داوری اغلب چنین مواردی مشخص می شود.

۱. موارد اعتراض به رأی

موارد اعتراض به رأی و ابطال آن که در قانون جدید ذکر شده، به مراتب مفصل تر از آن است که در قانون نمونه آنسیترال پیش بینی شده است.^{۱۰۲} ماده ۳۳ قانون جدید در این خصوص می گوید:

« ۱. رأی داور در موارد زیر به درخواست یکی از طرفین توسط دادگاه موضوع ماده ۶ قابل ابطال است:

الف. یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده باشد.

ب. موافقتنامه داوری به موجب قانونی که طرفین بر آن موافقتنامه حاکم دانسته اند معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون ایران باشد.^{۱۰۳}

ج. مقررات این قانون در خصوص ابلاغ اخطاریه های تعیین داور یا درخواست داوری رعایت نشده باشد.

د. درخواست کننده ابطال، به دلیلی که خارج از اختیار او بوده، موفق به ارائه دلایل و مدارک خود نشده باشد.

ه. «داور» خارج از حدود اختیارات خود رأی داده باشد. چنانچه موضوعات مرجوعه به داوری قابل تفکیک باشد، فقط آن قسمت از رأی که خارج از حدود اختیارات داور بوده، قابل ابطال است.

و. ترکیب هیأت داوری یا آیین دادرسی مطابق موافقتنامه داوری نباشد و

۱۰۱. بند ۱ ماده ۳۵.

۱۰۲. رک. بند الف پاراگراف ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال.

۱۰۳. رک. بند ۲ بخش «د» این مقاله.

یا در صورت سکوت و یا عدم وجود موافقتنامه داوری، مخالف قواعد مندرج در این قانون باشد.

ز. رأی داوری مشتمل بر نظر موافق و مؤثر داوری باشد که جرح او توسط مرجع موضوع ماده ۶ پذیرفته شده است.

ح. رأی داوری مستند به سندی بوده باشد که جعلی بودن آن به موجب حکم نهایی ثابت شده باشد.

ط. پس از صدور رأی داوری مدارکی یافت شود که دلیل حقانیت معترض بوده و ثابت شود که آن مدارک را طرف مقابل مکتوم داشته و یا باعث کتمان آنها شده است.

۲. در خصوص موارد مندرج در بندهای «ح» و «ط» این ماده، طرفی که از سند مجعول یا مکتوم متضرر شده است، می تواند پیش از آن که درخواست ابطال رأی داوری را به عمل آورد، از «داور» تقاضای رسیدگی مجدد نماید. مگر در صورتی که طرفین به نحوه دیگری توافق کرده باشند.

۳. درخواست ابطال رأی موضوع بند ۱ این ماده ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی داوری اعم از رأی تصحیحی، تکمیلی یا تفسیری به معترض، باید به دادگاه موضوع ماده ۶ تقدیم شود، والا مسموع نخواهد بود.

مواردی را که در قانون جدید به عنوان مبنای اعتراض به رأی آمده لکن در قانون نمونه آنستیرال وجود ندارد، به اختصار مرور می کنیم.

در قانون جدید مسأله فقدان اهلیت یکی از طرفین، کلی و مطلق است و خاص عدم اهلیت در انعقاد موافقتنامه داوری نیست.^{۱۰۴} اما در قانون نمونه آنستیرال عدم اهلیت هر یک از طرفین موافقتنامه داوری، تنها مبنای قطعی اعتراض به رأی است. اهمیت مسأله هنگامی معلوم می شود که موافقتنامه داوری موضوع نقل و انتقال یا جانشینی قرار گرفته باشد، بدین معنا که ممکن است منتقل الیه یا قائم مقام بعدی اهلیت لازم را داشته باشند، لکن انتقال دهنده یا اصیل در تاریخ انعقاد موافقتنامه داوری فاقد اهلیت بوده باشد. اثر تصریح قانون نمونه آنستیرال به شرط اهلیت طرفین نسبت به موافقتنامه داوری در همین جا معلوم می شود، زیرا این شرط نسبت به منتقل الیه یا قائم مقام بعدی موافقتنامه داوری که به هر حال یکی از طرفین موافقتنامه مذکور محسوب می شوند، نیز معتبر است و از آن منتفع

۱۰۴. بند «ط» قسمت الف پاراگراف ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه آنستیرال.

می شوند. از سوی دیگر، مشکل بتوان پذیرفت که ایشان بتوانند برای فرار از قطعی و لازم الاجرا بودن رأی داور، به عدم اهلیت کلی یکی از طرفین داوری استناد جویند. اما به نظر می رسد که این نکته ظریف در قانون جدید مغفول مانده است.

یکی از مواد قانون جدید که از ویژگیهای آن است، مفاد ماده ۳۳ (۱) (ز) است که در بالا ذکر شد. این ماده وضعیتی را پیش بینی می کند که رأی داور هنگامی صادر شده که یکی از داوران مورد جرح قرار گرفته بوده ولی هنوز نسبت به آن تصمیم گیری نشده، و نظر وی نیز در رأی داور مؤثر بوده است.^{۱۰۵} این ماده مبتنی بر اصل صحیح و موجهی است و باید از آن استقبال نمود.

و بالاخره باید به مفاد بند ۱ (ط) ماده ۳۳ قانون جدید در مورد پیدا شدن مدارک جدید به عنوان یکی از موارد ابطال رأی اشاره کنیم، که البته دچار ابهام است. ابهام ناشی از این بند، صرفنظر از صحت و سقم حالات مختلفی که می توان برای آن تصور نمود، اصولاً از حیث تأثیری که بر قطعی و لازم الاجرا بودن رأی داور می گذارد، مفید و مطلوب نیست. ابهام مذکور ناشی از آن است که معلوم نیست آیا مهلت سه ماهه ای که برای درخواست ابطال رأی در بند ۳ ماده ۳۳ پیش بینی شده، شامل موارد مذکور در بند ۱ (ط) نیز می شود یا خیر. درست است که بند ۳ ماده ۳۳ عام الشمول است و شامل کلیه موارد مختلف مذکور در بند ۱ آن ماده بدون استثناء می شود اما مفاد بند ۱ (ط) به لحاظ طبیعت موضوع (پیدا شدن مدارک جدید)، نمی تواند محدود به مهلت زمانی خاص باشد، و چه بسا دادگاهها آن را صحیح ندانند و اگرچه داشته باشند که این محدودیت زمانی کلی موضوع بند ۳ ماده ۳۳ را نسبت به موارد مذکور در این بند نیز اعمال کنند. به هر حال، باید امیدوار بود که در این مورد رویه عملی مناسب در مسیر صحیح خود به وجود آید و توسعه یابد.

۲. بطلان ذاتی رأی داور

موارد بطلان ذاتی رأی داور به طور جداگانه در قانون جدید ذکر شده است و ماده

۱۰۵. بند ۳ ماده ۱۳ قانون نمونه آنستیرال اجازه می دهد که دیوان داوری در حالی که رسیدگی های جرح داور در جریان است رأی صادر نماید.

۳۴ آن علاوه بر دو مورد مذکور در ماده ۳۴ (۲) (ب) قانون نمونه آنسیترال،^{۱۶} دلیل اضافی دیگری نیز برای بطلان ذاتی رأی و غیر قابل اجرا بودن آن، پیش بینی کرده است. طبق بند ۳ ماده ۳۴ قانون جدید، در موارد زیر رأی داوری باطل است:

«رأی داوری صادره در خصوص اموال غیر منقول واقع در ایران با قوانین آمره جمهوری اسلامی ایران و یا با مفاد اسناد رسمی معتبر معارض باشد، مگر آن که در مورد اخیر داور حق سازش داشته باشد».

با توجه به آنچه در قسمت ب (۱) این مقاله تحت عنوان قابلیت ارجاع به داوری از حیث موضوع اختلاف توضیح دادیم معاملات مربوط به غیر منقول اساساً معامله تجاری محسوب نمی شود و نیز با توجه به فقدان تعریف مفهوم «تجاری» در قانون جدید، اصولاً درج بند ۳ ماده ۳۴ در قانون جدید محل تأمل است، زیرا روابط ناشی از معاملات غیر منقول اصولاً تجاری نیست تا بتواند به داوری تحت قانون مذکور ارجاع و منتهی به حکم شده باشد.

در هر صورت ماده ۳۴ (۳) قانون جدید حاکی از آن است که رأی داوری راجع به غیر منقولی که در ایران واقع شده، فقط در صورتی باطل است که مغایر با قوانین آمره یا مفاد سند رسمی معتبر باشد. به علاوه، داوری که به عنوان کدخدامنشی (با حق سازش) رسیدگی می کند، می تواند هنگام صدور رأی مقررات و قوانین آمره و نیز اسناد رسمی را کنار گذارد. به عبارت دیگر، به موجب این ماده نه تنها امکان صدور رأی داوری در مورد غیر منقول وجود دارد بلکه در صورتی که داور حق سازش داشته باشد می تواند هنگام صدور حکم نسبت به غیر منقول، از قوانین آمره و مفاد اسناد رسمی نیز عدول کند. این ماده قانون جدید شگفت آور است زیرا اساساً روابط ناشی از معاملات غیر منقول، غیر تجاری است و در نتیجه داوری در مورد آنها از اصل در قلمرو قانون مذکور

۱۰۶. به موجب ماده ۳۴ قانون جدید این دو مورد عبارتند از: «در موارد زیر رأی داور اساساً باطل و غیر قابل اجرا است: ۱. در صورتی که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داوری نباشد. ۲. در صورتی که مفاد رأی مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور و یا قواعد آمره این قانون باشد...».

نمی‌گنجد.^{۱۰۷}

به طور کلی مفهوم نظم عمومی که در قانون به آن اشاره شده، شامل اخلاق حسنه و قوانین آمره هر دو می‌شود. بنابراین مسلماً مهلت زمانی که در ماده ۳۳ برای پذیرش درخواست ابطال رأی داوری مقرر شده، شامل آرای که به علت مخالفت با نظم عمومی کان‌لم‌یکن و باطل می‌باشند، نخواهد بود. در هر حال، هرگاه یکی از طرفین تقاضای شناسایی و اجرای رأی داوری مطابق مقررات قانون جدید را می‌کند، دادگاه ایرانی حق دارد ارتباط احتمالی موارد مذکور در ماده ۳۴ با رأی را مورد توجه و بررسی قرار دهد.

ی. اجرای حکم داوری

رأی داوری که با هیچ‌یک از موانع مذکور در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون مواجه نباشد، قطعی و لازم‌الاجرا است.^{۱۰۸} در صورتی که یکی از طرفین تقاضای شناسایی و اجرای حکم را بنماید و طرف مقابل درخواست ابطال آن را مطرح کند، دادگاه می‌تواند به درخواست طرفی که متقاضی اجرای حکم است، طرف مقابل را ملزم کند تأمین مناسب بسپارد.^{۱۰۹} اهمیت این قید در قانون جدید، از حیث اولویتی است که به اصل قطعی و لازم‌الاجرا بودن رأی می‌دهد.

قانون جدید مقرراتی در مورد نحوه شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی ندارد. این امر طبیعی است، زیرا نحوه شناسایی و اجرای حکم و تشریفات محول و موكول به مقرراتی است که در کنوانسیون‌های بین‌المللی، از قبیل کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک آمده است. در کشورهای که مقررات خاصی در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی وجود دارد، اغلب متکی و مبتنی بر عضویت آنها در کنوانسیون مذکور و نیز رعایت قاعده رفتار متقابل است. به عنوان مثال، در ماده ۱۹۴ قانون بین‌المللی خصوصی سویس مقرر شده: «شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی مشمول مقررات کنوانسیون نیویورک

۱۰۷. رک: بند ۲ بخش «ب» این مقاله.

۱۰۸. بند ۱ ماده ۳۵.

۱۰۹. بند ۲ ماده ۳۵.

۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی خواهد بود».

در ایران نیز انتظار می‌رود، انتظاری که مطلوب و بجاست، که قانونگذار مسأله عضویت ایران در کنوانسیون نیویورک را در دستور کار خود قرار دهد. البته شایان ذکر است که هرچند در حال حاضر ایران عضو این کنوانسیون نیست، اما تحت قوانین جاری و موجود، شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی در ایران نیز ممکن و عملی است،^{۱۱۰} که بحث و تفصیل آن محتاج مجال دیگری است.



نتیجه گیری

در پایان، می‌توان گفت تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی گام بزرگی در جهت توسعه و به روز کردن مقررات ایران در باب داوری و نیز هماهنگی و انطباق آنها با الزامات داوری تجاری بوده است. قانون مذکور با پیش‌بینی ساختارهای انعطاف‌پذیر و تا حدود زیادی خود اجرا و مستقل برای داوری در اختلافات تجاری بین‌المللی، این گام بزرگ را عملاً برداشته است. پاره‌ای از جزئیات و احکام این قانون، البته باید در رویه عملی تفسیر شود و تحول یابد. به موازات تحول رویه، اصلاح بعضی از مقررات و قوانین مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ایران که پیامدهایی در داوری بین‌المللی دارند، نیز ضرورت می‌یابد. کوتاه سخن این که تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی تحولی ستودنی و درخور تقدیر است.

110. Abdoh, as note 3, above, pp. 101-103.



شروېشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی