

بخش حقوق

سخنی چند درباره نوآوریها و نارساییهای قانون داوری تجاری بین‌المللی^(۱)

چکیده: از آنجا که مقررات قانون آیین دادرسی مدنی ایران، درباره داوری قدیمی و ناقص بود، و خصوصاً برای حل اختلافات بازرگانی بین‌المللی کافی نمی‌نمود، در ۲۶ شهریور ماه ۱۳۷۶ «قانون داوری تجاری بین‌المللی» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که در ۹ مهر ماه همان سال مورد تأیید شورای نگهبان واقع شد. این قانون از قانون نمونه آنستیرال (کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجاری بین‌المللی) مورخ ۱۹۸۵ اقتباس شده و از این رو از پشتوانه نیرومند علمی و کارشناسی برخوردار است. قانون داوری تجاری بین‌المللی مشتمل بر ۳۶ ماده و نه فصل با عناوین زیر است: مقررات عمومی - موافقت‌نامه داوری - ترکیب هیات داوری - صلاحیت داور - نحوه رسیدگی داوری - ختم رسیدگی و صدور رأی - اعتراض به رأی - اجرای رأی و سایر مقررات. در این قانون قواعد مهمی آمده که هماهنگ با گرایشهای نوین داوری بازرگانی بین‌المللی است و در حقوق ایران سابقه نداشته است. در عین حال ضعفها و نارساییهای چندی هم در قانون دیده می‌شود که بیشتر ناشی از عدول نابجا از قانون نمونه آنستیرال است. در این مقاله که در تکمیل طرح پژوهشی «نقد و بررسی تطبیقی لایحه داوری تجاری بین‌المللی» (مصوب شورای پژوهشی دانشگاه تهران) فراهم آمده، نوآوریهای قانون یاد شده به بحث کشیده شده و به برخی از نارساییها خصوصاً اشکالات ماهوی آن نیز اشارت رفته است.

۱. مقدمه

در عصر جدید، داوری در بازرگانی، به ویژه بازرگانی بین‌المللی، رواج و گسترش چشمگیری یافته است. در بیشتر قراردادهای مربوط به تجارت بین‌المللی شرط ارجاع

به داوری دیده می‌شود. یعنی طرفین قرارداد قبل از بروز اختلاف توافق می‌کنند که اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای قرارداد را از طریق داوری، بر طبق مقررات داوری داخلی یا بین‌المللی، حل و فصل نمایند. مزایای حل اختلاف از این طریق بر هیچ کس پوشیده نیست. با بهره‌گیری از این شیوه، اختلافات تجاری با سرعت و دقت به وسیله داوران منتخب طرفین، که در مسائل مورد نزاع تخصص و از عرفهای بازرگانی آگاهی دارند، و بر طبق قانون مورد قبول یا توافق آنان، که چه‌بسا برآیند عرفهای بازرگانی و متفاوت با حقوق دولتی است، فیصله خواهد یافت. در داوری مشکلات پیچیده، تعارض قوانین کمتر مطرح می‌گردد؛ داوران مکلف به رعایت اجرای کامل آیین دادرسی ملی و تشریفات دست‌وپاگیر محلی نیستند و از لحاظ ادله اثبات دعوی هم دستشان باز است. مزایای داوری سبب شده است که بازرگانان بین‌المللی اغلب، به‌جای مراجعه به دادگاههای دولتی، از مراجع داوری داخلی و بین‌المللی برای حل اختلافات خود بهره‌گیرند و از این رهگذر از اجرای مقررات دولتی نیز، که اغلب نارسا و نامناسب برای بازرگانی بین‌المللی است، تا حدی رهایی یابند.

امروزه، برخلاف سابق، کشورها، به‌ویژه کشورهای پیشرفته، با داوری به‌عنوان شیوه حل اختلاف، نظر مساعد دارند. قوانین بسیاری از کشورها، برای تسهیل داوری، در چند دهه اخیر اصلاح شده و در برخی از کشورها رویه قضایی در این جهت تکامل یافته است. کشوری که می‌خواهد در بازرگانی بین‌المللی سهم و نقش مؤثری داشته باشد نمی‌تواند نسبت به این تحول بی‌تفاوت باشد و به‌ناچار باید مقررات خود را با گرایشهای جدید در این زمینه هماهنگ نماید، تا با جلب اعتماد بازرگانان کشورهای دیگر، آنان را به پذیرش اجرای مقررات مزبور تشویق کند.

با توجه به نکات فوق، دولت جمهوری اسلامی ایران در صدد تهیه قانون جدیدی برای داوری تجاری بین‌المللی برآمد و لایحه‌ای زیر عنوان «قانون داوری تجاری بین‌المللی» به مجلس شورای اسلامی تقدیم کرد که بدون دشواری زیاد در ۲۶ شهریور ۱۳۷۶ به تصویب مجلس و در ۹ مهر همان سال به تأیید شورای نگهبان رسید.

تصویب چنین قانونی به‌ویژه از آنجا لازم می‌نمود که مقررات آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در زمینه داوری (مواد ۶۳۲ تا ۶۸۰) که از قانون آیین دادرسی پیشین

فرانسه گرفته شده بود، حدود شصت سال از عمرش گذشته و در این مدت تحول چشمگیری در مقررات داوری ملی و بین‌المللی پدید آمده است. گرایشها و اندیشه‌های جدیدی در حقوق داوریها شکل گرفته که در قدیم مطرح یا مورد قبول نبوده است. از این رو مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی، کهنه و ناقص و خصوصاً نامناسب برای داوری بازرگانی بین‌المللی است.

خوشبختانه تهیه‌کنندگان لایحه قانون داوری تجاری بین‌المللی الگوی خوب و جالبی در اختیار داشتند که عبارت از «قانون نمونه داوری بازرگانی بین‌المللی آنسیترال» بوده است. این قانون نمونه، پس از سالها بررسی و مطالعه کارشناسان کشورهای مختلف، سرانجام در سال ۱۹۸۵ مورد تصویب کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌المللی (آنسیترال) واقع شد و مجمع عمومی سازمان ملل در قطعنامه مورخ ۱۱ دسامبر ۱۹۸۵ خود به کشورهای جهان توصیه کرد که برای ایجاد وحدت حقوقی در داوری بازرگانی بین‌المللی از قانون نمونه بهره‌گیرند. (۲) قانون نمونه یک قانون لازم‌الاجرا به شمار نمی‌آید، بلکه سندی است که بر اساس علم و تجربه و مطالعات کارشناسانه عمیق فراهم آمده و الگویی مناسب برای کشورهایی است که در پی نوسازی مقررات خود در زمینه داوری تجاری بین‌المللی و هماهنگ کردن آن با گرایشهای نوین جهانی هستند. بدیهی است کشوری که به این کار پردازد اعتماد بازرگانان بین‌المللی را به حل و فصل اختلاف از طریق داوری بر طبق مقررات خود جلب می‌کند و حتی ممکن است به‌عنوان مرکزی برای داوری تجاری بین‌المللی شناخته و پذیرفته شود.

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

برابر بند ۱ ماده یادشده قلمرو اجرای قانون جدید محدود به داوری تجاری بین‌المللی است و این‌گونه داوری از شمول قواعد داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین و مقررات مستثنی است.

معیار بین‌المللی بودن داوری از نظر ق.د.ت.ب. آن است که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد (بند ب ماده ۱). این تعریف قلمرو داوری بین‌المللی مشمول قانون را بسیار محدود می‌کند. مثلاً اگر دو تاجر ایرانی که محل تجارت یا اقامتگاه یکی از آنان در ایران و محل تجارت یا اقامتگاه دیگری در خارج کشور است اختلافات خود را به داوری ارجاع کنند، این داوری بین‌المللی مشمول مقررات قانون جدید نخواهد بود، حال آنکه قانون نمونه عوامل متعددی را جهت تشخیص بین‌المللی بودن داوری در نظر گرفته که عامل نخستین، وقوع مرکز فعالیت طرفین در کشورهای مختلف است و در صورت وقوع این مرکز در یک کشور، اختلاف محل داوری، محلی که قسمت عمده تعهدات تجاری طرفین در آن اجرا می‌شود، یا محلی که موضوع اصلی اختلاف در آن قرار دارد، به‌عنوان عوامل بین‌المللی بودن به شمار آمده و حتی توافق صریح طرفین بر اینکه موضوع موافقت‌نامه داوری به بیش از یک کشور ارتباط دارد برای بین‌المللی شناختن داوری کافی تلقی شده است (بند ۳ ماده ۱). در قانون نمونه به اختلاف تابعیت اشاره‌ای نشده است و اصولاً امروزه در داوری بازرگانی بین‌المللی مسأله تابعیت به ندرت مطرح و مؤثر تلقی می‌گردد و از این لحاظ ق.د.ت.ب. قابل ایراد است.

با لازم‌الاجرا شدن ق.د.ت.ب. مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص داوری اعتبار خود را از دست نداده و این مقررات در داوریه‌های داخلی که هر دو طرف آنها تبعه ایران هستند کماکان لازم‌الاجرا خواهد بود. حتی به موجب بند ۲ ماده ۳۶ قانون جدید، قابل ارجاع بودن یا نبودن اختلاف به داوری تابع مقررات قبلی خواهد بود، اگرچه اختلاف راجع به تجارت بین‌المللی باشد. مثلاً مفاد بند ۱ ماده ۶۷۵ ق.آ.د.م. مبنی بر اینکه دعوی ورشکستگی قابل ارجاع به داوری نیست، در همه داوریه‌ها و کلیه اختلافات، اعم از اینکه جنبه بین‌المللی داشته باشد یا نه، لازم‌الاتباع است.

قانون جدید در مجموع قانونی خوب و مناسب برای حل اختلافات بازرگانی

بین‌المللی است و نوآوریهای جالبی در آن دیده می‌شود که ناشی از برخورداری از تجارب بین‌المللی و الگو گرفتن از قانون نمونه آنسیترال است. با وجود این، اشکالات و نارساییهایی هم در قانون دیده می‌شود که اغلب نتیجه عدول نسنجیده و ناآگاهانه از قانون نمونه است. در این مقاله از اهم نوآوریهای ق.د.ت.ب. و تا حدی از اشکالات و نارساییهای آن سخن خواهیم گفت. البته تأکید بر جنبه‌های مثبت قانون است نه جنبه‌های منفی و می‌توان گفت نقاط قوت قانون بر نقاط ضعف آن غالب است. تصویب چنین قانونی را در اوضاع و احوال کنونی باید از شاهکارهای قوه مقننه و قابل ستایش دانست. در این مقاله از اشکالات جزئی و صوری که در قانون فراوان دیده می‌شود صرف نظر می‌کنیم. (۳) و تنها نوآوریهای بزرگ و اشکالات عمده قانون را زیر عنوانین: داوری نهادی، دستور موقت و قرار تأمین، اصل بی‌طرفی و استقلال داوران، اصول اساسی آیین داوری، استقلال شرط داوری، قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت، قانون حاکم، داوری بر اساس انصاف، اصلاح، تفسیر و تکمیل رأی، اعتراض به رأی و شناسایی و اجرای رأی داور مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲. داوری نهادی

داوری، به داوری موردی یا اتفاقی^۱ و داوری نهادی یا سازمانی تقسیم می‌شود. در داوری نهادی طرفین به داوری یک نهاد یا سازمان موجود توافق می‌کنند و اجرای مقررات آن نهاد را می‌پذیرند و به گفته پیرلالیو این نوع داوری هنگامی صدق می‌کند که «طرفین از پیش صلاحیت و به‌طور کم و بیش کامل مقررات یک سازمان را پذیرفته باشند». (۴) یکی از بارزترین چهره‌های داوری بازرگانی بین‌المللی نهادینه شدن آن است. امروزه نهادها و سازمانهای متعددی در سطح ملی یا بین‌المللی وجود دارند که به امر داوری در اختلافات راجع به تجارت بین‌المللی می‌پردازند که از مهمترین آنها اتاق بازرگانی بین‌المللی است. این‌گونه داوری در کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی مصوب ۱۹۸۵ (ماده ۱) و کنوانسیون اروپایی معروف به

کنوانسیون ژنو ۱۹۶۱ (مواد ۱ و ۵۵) به رسمیت شناخته شده است.

در داوری نهادی معمولاً خود نهاد به طور مستقیم به داوری نمی‌پردازد، بلکه از طریق ارگانها و ابزارهایی که در اختیار دارد در هر مورد بر تشکیل دادگاه داوری و جریان آن و صدور رأی نظارت می‌کند و در تعیین داور اختصاصی یا داور مشترک به جای طرف مستنکف اقدام و به اعتراض راجع به شایستگی داور رسیدگی و اخذ تصمیم می‌نماید. در داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، دیوان بین‌المللی داوری که از ارکان عالی این اتاق است وظایف یادشده را انجام می‌دهد.

در بند الف ماده ۳ و بند ۲ ماده ۶ ق.د.ت.ب. به داوری نهادی یا سازمانی اشاره شده است. به موجب بند الف ماده ۳ «در داوری سازمانی نحوه و مرجع ابلاغ، مقررات سازمان مزبور خواهد بود». با توجه به عبارت اول همان ماده، مقصود ابلاغ اوراق مربوط به داوری است که در درجه اول تابع توافق طرفین داوری و در صورت سکوت آنان، در داوری سازمانی، تابع مقررات سازمان و در داوری موردی بسته به نظر داور است.

برابر بند ۲ ماده ۶ قانون «در داوریهای سازمانی انجام وظایف مندرج در بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۱، بند ۳ ماده ۱۳ و بند ۱ ماده ۱۴ برعهده سازمان داوری مربوطه است». مقصود اخذ تصمیم در مورد انتخاب داور اختصاصی به جای طرف ممتنع یا تعیین داور مشترک، در صورت عدم توافق طرفین، و رسیدگی و تصمیم‌گیری نسبت به جرح داور یا ناتوانی او در انجام وظیفه است. این وظایف در داوری موردی برعهده دادگاه عمومی (بند ۱ ماده ۶) و در داوری سازمانی برعهده سازمان داوری است.

بنابراین اگر سازمانهای داوری بر طبق مقررات در ایران تأسیس گردند، چنانکه قانون وکلا یا گروهی از وکلا یا استادان حقوق چنین سازمانی را با رعایت مقررات بنیان گذارند، وظایف یادشده برعهده سازمان یا ارگانی از آن خواهد بود، همان‌طور که در داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی انجام این وظایف را دیوان بین‌المللی داوری برعهده دارد. بدیهی است که در این‌گونه داوریها مداخله دادگاهها در کار داوری کاهش می‌یابد و به طور عمده به شناسایی و اجرای آراء داور محدود می‌گردد و این محدودیت هماهنگ با هدفهای داوری و گرایشهای جدید در این زمینه است. (۵)

۳. صدور دستور موقت و قرار تأمین

در داوریهای امروز صلاحیت موازی دادگاه داخلی و مرجع داوری جهت صدور دستورها و قرارهای موقت و حمایتی پذیرفته شده است؛ یعنی طرف دعوی اصولاً می‌تواند برای صدور چنین قرارهایی هم به دادگاه داخلی صلاحیتدار و هم به مرجع داوری مراجعه کند و رجوع به مرجع قضایی اعراض از صلاحیت داور، برای رسیدگی به ماهیت دعوی، محسوب نخواهد شد. (۶) این قاعده که در قوانین جدید داخلی و مقررات نهادهای داوری و کنوانسیونهای بین‌المللی منعکس شده، در قانون جدید داوری ایران نیز دیده می‌شود. به موجب ماده ۹ قانون «هر یک از طرفین، قبل یا حین رسیدگی داوری، می‌تواند از رئیس دادگاه موضوع ماده ۶ صدور قرار تأمین و یا دستور موقت را درخواست نماید». در ماده ۹ قانون نمونه آنسیترال که ماده ۹ قانون ایران از آن اقتباس شده چنین آمده است: «تقاضای یکی از طرفین قبل یا حین دادرسی از دادگاه مبنی بر صدور دستور موقت حمایتی^۱ همچنین صدور چنین دستوری از جانب دادگاه معارض موافقت‌نامه داوری نخواهد بود». بدین‌سان ملاحظه می‌شود که در ق.د.ت.ب. به معارض نبودن تقاضا با قرارداد داوری اشاره‌ای نشده و این ظاهراً ناشی از غفلت نویسندگان قانون بوده است. به هر حال شکی نیست که تقاضای این‌گونه قرارها انصراف و اعراض از داوری به شمار نمی‌آید و صدور قرار به صلاحیت مرجع داوری برای رسیدگی به ماهیت لطمه نمی‌زند. به این نکته در بند ۵ ماده ۸ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، بند ۳ ماده ۲۶ مقررات داوری آنسیترال (۷) و بند ۳ ماده ۲۲ مقررات انجمن داوری امریکایی و بند ۴ ماده ۶ کنوانسیون ژنو ۱۹۶۱ نیز تصریح شده و رویه قضایی کشورهای مختلف هم آن را تأیید کرده است.

اعطای اختیار صدور چنین قرارهای موقت حمایتی به دادگاه داخلی مبتنی بر مصلحت طرفین دعوی و برای اجرای عدالت است، چه دادگاههای داخلی در دسترس اصحاب دعوی هستند و تصمیمات آنها مؤثرتر از تصمیمات مرجع داوری است و عدالت اقتضا می‌کند که اصحاب دعوی بتوانند برای مسائل فوری و جلوگیری از تضییع حقوق خود و

1. Interim measure of protection

تأمین اجرای حکم داور، اخذ تدابیر موقت را از دادگاه مزبور درخواست کنند و این امر نباید مانع صلاحیت مرجع داورى جهت رسیدگی به ماهیت اختلاف باشد.

در مورد صلاحیت مرجع داورى جهت صدور دستور موقت ماده ۱۷ ق.د.ت.ب. چنین مقرر می‌دارد: «داور می‌تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین تکلیف فوری است، به درخواست هر کدام از طرفین، دستور موقت صادر نماید، مگر آنکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. داور می‌تواند مقرر نماید که متقاضی تأمین مناسب بسپارد. در هر دو صورت چنانچه طرف دیگر تأمین بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد داور از دستور موقت رفع اثر خواهد کرد». این ماده از ماده ۱۷ قانون نمونه آنستیرال اقتباس شده است.

قابل ذکر است که در مواد ۹ و ۱۷ قانون نمونه اصطلاح «دستور موقت حمایتی» به کار رفته که هم قرار تأمین و هم سایر دستورهای موقت را که برای حمایت از حقوق اصحاب دعوی صادر می‌شود (مانند دستور فروش مال فاسدشدنی یا سپردن مال نزد شخص ثالث) در بر می‌گیرد، حال آنکه در ماده ۹ ق.د.ت.ب. دو اصطلاح «قرار تأمین» و «دستور موقت» و در ماده ۱۷ قانون فقط کلمه «دستور موقت» استعمال شده است. ذکر دو اصطلاح در ماده ۹ قانون ایران شاید بدین جهت باشد که در آیین دادرسی ایران بین آن دو فرق می‌گذارند و نظر قانونگذار جدید بر صلاحیت دادگاه در هر دو مورد بوده است و این امر با قانون نمونه هم سازگار است. اما عدم ذکر قرار تأمین در ماده ۱۷ قانون جدید خالی از اشکال نیست. البته صدور قرار تأمین که مستلزم اجبار مادی و کاربرد قوه قهریه مانند توقیف مال باشد، از صلاحیت دادگاه داورى خارج است، چنانکه اجرای حکم داورى نیز برعهده دادگاه است. (۷) اما مرجع داورى می‌تواند قرار تأمینى صادر کند که مستلزم اجبار و کاربرد قوه قهریه نباشد، مانند قرار اخذ تأمین از متقاضی دستور موقت که در ذیل ماده ۱۷ به آن اشارت رفته است. بنابراین با توجه به ماده ۱۷ قانون نمونه و گرایش‌های جدید در داوریه‌های بازرگانی بین‌المللی می‌توان گفت مرجع داورى اختیار صدور هرگونه دستور یا قرار موقت حمایتی را دارد مگر اینکه اجرای قرار مستلزم اجبار مادی و کاربرد قوه قهریه باشد. به هر حال قواعد مندرج در مواد ۹ و ۱۷ ق.د.ت.ب. از نوآوریهای قانون مزبور است و در ق.آ.د.م. به چنین قواعدی تصریح نشده

است، هر چند که شاید بتوان آنها را از قواعد عمومی به دست آورد. (۸)

۴. اصل بی طرفی و استقلال داور

در داوریهای امروز اصل بی طرفی و استقلال داور از اصول اساسی به شمار می آید. داور هر چند منتخب طرف دعوی و اختصاصی باشد، نماینده او نیست بلکه نوعی قاضی است که حل و فصل اختلاف و اجرای عدالت را به عهده دارد و از این رو باید بی طرف و مستقل باشد. در مورد داور اختصاصی رویه ایالات متحده بر این بوده است که داور مزبور ممکن است بر اساس توافق طرفین، نماینده طرف دعوی باشد، ولی این رویه هیچ گاه در اروپا پذیرفته نشده است. (۹) و به هر حال در داوریهای کنونی استقلال و بی طرفی از شرایط و اوصاف اساسی داور محسوب می شود، اعم از اینکه داور اختصاصی باشد یا مشترک.

در ق.آ.د.م. به این شرط تصریح نشده ولی ق.د.ت.ب. به آن تصریح و بر آن تأکید کرده است. (ماده ۱۲) به موجب این ماده، داور در صورتی که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی طرفی و استقلال او شود، قابل جرح است؛ همچنین شخصی که به عنوان داور پیشنهاد می شود باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در بی طرفی و استقلال او می شود فاش کند؛ به علاوه هرگاه در طول جریان داوری چنین اوضاع و احوالی پدید آید، ممکن است به جرح داور و برکناری او منجر گردد.

توافق طرفین در مورد تشریفات جرح، مانند اکثر مسائل داوری، نافذ است و در صورت نبودن چنین توافقی، داور یا دادگاه داوری در مورد جرح تصمیم می گیرد و اگر تصمیم مزبور مورد قبول قرار نگیرد، طرفی که داور را جرح کرده می تواند ظرف ۳۰ روز پس از ابلاغ تصمیم، از دادگاه ذیصلاح و در داوری سازمانی از سازمان ذیربط درخواست رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند. (مواد ۱۳ و ۶ ق.د.ت.ب.)

تابعیت داور

در قوانین قدیم چه بسا تابعیت را مؤثر در استقلال و بی طرفی داور می دانستند و از

این رو در پاره‌ای موارد مقرر می‌داشتند که داور باید تابعیتی به جز تابعیت طرفین دعوی داشته باشد. امروزه گرایش غالب بر این است که تابعیت تأثیری در استقلال و بی‌طرفی ندارد. آنچه در داور اهمیت دارد شایستگی علمی و اخلاقی و تجربه اوست نه تابعیت. از سوی دیگر در عصر جدید اصل برابری خودی و بیگانه در برخورداری از حقوق مشاغل پذیرفته شده است. بر اساس همین فکر بند ۱ ماده ۱۱ قانون نمونه می‌گوید: «هیچ کس را نمی‌توان به علت تابعیتش از داور شدن ممنوع کرد، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند».

با وجود این، عامل تابعیت در برخی از مقررات داوری امروز هم مدنظر بوده است. مثلاً ماده ۲ (۶) مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر می‌دارد: «داور واحد یا رئیس دادگاه داوری (سرداور) باید از کشوری غیر از کشوری که طرفین تابعیت آن را دارند انتخاب شود». با وجود این همان ماده قاعده فوق را تعدیل کرده، و انتخاب داور واحد یا رئیس دادگاه داوری را از کشوری که یکی از طرفین تابعیت آن را دارد، در صورتی که اوضاع و احوال اقتضا کند و طرفین هم در مهلت مقرر با آن مخالفت نکنند، تجویز نموده است. قابل ذکر است که قاعده یادشده مربوط به موردی است که دیوان بین‌المللی داوری به‌عنوان مقام منصوب‌کننده^۱ داور واحد یا سرداور را انتخاب می‌نماید و در غیر این صورت، طرفین در انتخاب داور اختصاصی یا داور مشترک آزادی دارند و تابعیت مانعی برای انتخاب آنان نخواهد بود.

قاعده مندرج در ماده ۲ (۶) مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، با رویه معمول در داوریهای تجارت بین‌المللی هم سازگار است، چه در این داوریها، هرگاه برای تعیین داور واحد یا سرداور به مقام منصوب‌کننده رجوع کنند، این مقام معمولاً داور یا سرداور را از میان اشخاصی برمی‌گزیند که تابعیت یکی از طرفین دعوی را نداشته باشند. این انتخاب در بند ۴ ماده ۶ مقررات داوری آنسیترال و ماده ۱۱ (۵) قانون نمونه هم اولی شناخته شده و توصیه گردیده است، بی‌آنکه مقام منصوب‌کننده ملزم به رعایت آن شده باشد. اما در کنوانسیون ژنو (۱۹۶۱) اصل تساوی بیگانه و خودی در این زمینه اعلام

گردیده و هیچ‌گونه منعی یا توصیه‌ای در مورد انتخاب بیگانه پیش‌بینی نشده است. (۱۰) به هر حال، با اینکه قانون نمونه، به تبعیت از گرایش جدید، تابعیت را مانع استقلال و بی‌طرفی و انتخاب داور ندانسته و خصوصاً اصل حاکمیت اراده را در این خصوص محترم شمرده است، ق.د.ت.ب. به پیروی از ماده ۶۳۳ ق.آ.د.م. برای تابعیت نقش بیشتری قائل شده و اختیار طرف ایرانی را در گزینش داور محدود کرده است. به موجب بند ۱ ماده ۱۰ قانون جدید «طرف ایرانی نمی‌تواند، مادامی که اختلاف ایجاد نشده است، به نحوی از انحا ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داوری یک یا چند نفر مرجوع نماید که آن شخص یا اشخاص دارای همان تابعیتی باشد که طرف یا اطراف وی دارند».

محدود کردن آزادی طرفین در انتخاب داور و منحصرکردن این منع به موردی که طرفین قبل از بروز اختلاف برای رجوع به داوری توافق می‌کنند دلیل قانع‌کننده‌ای ندارد و معلوم نیست قاعده مزبور و مأخذ آن که ماده ۶۳۳ ق.آ.د.م. می‌باشد از کجا آمده است.

۵. اصل رفتار مساوی و رعایت حق دفاع

ماده ۱۸ ق.د.ت.ب. مقرر می‌دارد: «رفتار با طرفین باید به نحو مساوی باشد و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح ادعا یا دفاع و ارائه دلایل داده شود». این ماده که از ماده ۱۸ قانون نمونه آنسیترال گرفته شده است مبین یکی از اصول اساسی دادرسی است که در داوریه‌های امروز مورد تأکید واقع شده و در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی نیز انعکاس یافته است. (۱۱) بنابراین داور نمی‌تواند مدارک یکی از طرفین را بپذیرد و در عین حال از پذیرش مدارک طرف دیگر خودداری کند، یا به یکی از طرفین وقت کافی برای اظهارات و دفاعیات خود بدهد و دیگری را از این حق محروم کند. حتی داور با رعایت تساوی نیز نمی‌تواند حق دفاع طرفین را نادیده بگیرد یا به آنان فرصت کافی برای ارائه مطالب و دلایل خود ندهد. عدم رعایت این اصل سبب بطلان رأی داور خواهد شد (بخش د بند ۱ ماده ۳۳).

اصل ابلاغ صحیح اوراق دادرسی و اخطاریه‌ها نیز با حق دفاع ارتباط دارد و از این رو از اصول اساسی آیین داوری به شمار آمده است. ماده ۲۳ ق.د.ت.ب. به این اصل اشاره

کرده و ماده ۳ قانون مقرراتی در خصوص نحوه ابلاغ آورده است. برابر این ماده، نحوه و مرجع ابلاغ تابع توافق طرفین است و در صورت سکوت آنان، در داوری سازمانی مقررات سازمان در این باره اجرا خواهد شد و در موارد دیگر، داور می‌تواند رأساً نحوه و مرجع ابلاغ را مشخص کند. بر طبق بند ۱ (ج) ماده ۳۳، در صورت عدم رعایت مقررات این قانون در خصوص ابلاغ اخطاریه‌های تعیین داور یا درخواست داوری رأی داور قابل ابطال خواهد بود و این ضمانت اجرا حاکی از اهمیت ابلاغ صحیح و نقش آن در حفظ حقوق طرفین است. در بند ۲ (الف) ماده ۳۴ قانون نمونه این ضمانت اجرا برای عدم ابلاغ صحیح اخطاریه‌های راجع به تعیین داور یا جریان رسیدگی داوری پیش‌بینی شده که جامع‌تر و بهتر از متن ق.د.ت.ب. است و معلوم نیست چرا نویسندگان قانون ایران آن را تغییر داده‌اند. به علاوه قانون نمونه در بند یادشده پس از ذکر عدم ابلاغ صحیح به حق دفاع اشاره کرده، می‌گوید: «یا به هر جهت دیگری قادر به ارائه ادعایش نشده باشد» که نشانگر ارتباط ابلاغ صحیح با حق دفاع است.

به هر حال، قانون جدید به اصول دادرسی مذکور تصریح کرده و بر آن تأکید دارد، در حالی که ق.آ.د.م. درباره آنها ساکت است، هر چند از پاره‌ای مواد یا قواعد عمومی می‌توان آنها را به دست آورد.

۶. استقلال شرط داوری

موافقت‌نامه داوری ممکن است به صورت قراردادی مستقل باشد، یا شرط داوری ضمن قرارداد اصلی آورده شود، شکل دوم رایج‌تر است. حتی سازمانها و نهادهای داوری، مانند اتاق بازرگانی بین‌المللی، شرط نمونه‌ای به زبانهای مختلف پیشنهاد می‌کنند که اشخاص می‌توانند آن را در قراردادهای خود بگنجانند و از این راه داوری برطبق مقررات سازمان موردنظر را در حل و فصل اختلافات مربوط به تفسیر یا اجرای قرارداد خود بپذیرند. یکی از مسائل مهمی که در زمینه شرط داوری مطرح می‌شود مسأله استقلال آن است. استقلال شرط داوری بدین معنی است که ادعای بطلان قرارداد اصلی - که شرط داوری ضمن آن آمده است - به شرط مزبور سرایت نمی‌کند و مرجع داوری می‌تواند به این ادعا رسیدگی کرده، راجع به صحت یا بطلان قرارداد اصلی و آثار

آن تصمیم بگیرد، مگر اینکه دلیلی بر بطلان، درخصوص شرط داوری وجود داشته باشد.

امروزه قاعده استقلال شرط داوری در داوریهای داخلی و بین‌المللی پذیرفته شده و در مقررات داخلی و اسناد بین‌المللی و رویه قضایی کشورها منعکس گردیده و علمای حقوق نیز بر آن تأکید کرده‌اند و نظریه مخالف به ندرت دیده می‌شود. (۱۲) در توجیه این قاعده به استقلال قانون حاکم بر قرارداد داوری و اراده ضمنی طرفین و نیازها و مصالح عملی استناد کرده‌اند. شوئبل که از حقوقدانان برجسته انگلیسی است پس از اشاره به این نکته که توجیه این قاعده با منطق صرف دشوار است، اظهار می‌کند که نظریه مزبور درست و منطبق با رویه‌های بین‌المللی و کنوانسیونها و مقررات داخلی داوری و مورد تأیید علمای حقوق است؛ لیکن توجیه واقعی اصل استقلال توجیه عملی است نه نظری. (۱۳) در واقع منظور این است که حتی الامکان دعاوی از صلاحیت دادگاههای داخلی خارج شده، از طریق داوری فیصله یابد.

به هر حال، قاعده استقلال شرط داوری در ق.د.ت.ب. به تبعیت از قانون نمونه آنسیترال آمده است. ماده ۱۶ قانون جدید می‌گوید: «... شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

بنابراین در مورد داوری بازرگانی بین‌المللی قاعده استقلال شرط داوری به صراحت در قانون ایران پذیرفته شده است. اما در مورد داوریهای مشمول ق.آ.د.م. مسأله قابل بحث است. برخی از حقوقدانان عقیده دارند که قاعده مزبور در حقوق ما قابل قبول نیست، زیرا شرط تابع قرارداد اصلی است و با بطلان قرارداد اصلی نمی‌توان شرط را صحیح و نافذ دانست. به علاوه در تأیید نظر خود به ماده ۶۳۶ ق.آ.د.م. استناد می‌کنند. این ماده چنین مقرر می‌دارد: «در مورد ماده قبل 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 ممتنع را معین می‌نماید...»

لیکن این نظر قابل ایراد است، زیرا:

اولاً، می‌توان گفت اراده ضمنی طرفین معمولاً بر این است که مرجع داوری به هرگونه اختلاف راجع به قرارداد یا حتی اختلاف راجع به صحت بطلان آن رسیدگی کند. به دیگر سخن استقلال شرط داوری را می‌توان مبتنی بر توافق ضمنی طرفین دانست و چنین توافقی طبق اصل حاکمیت اراده، مشروع و نافذ است.

ثانیاً، بر فرض اینکه از ماده فوق بطلان قرارداد داوری، در صورت احراز بطلان معامله اصلی، استنباط گردد - که قابل بحث و خدشه است - (۱۴) ماده مزبور متضمن یک قاعده عام نیست، بلکه ناظر به ماده ۶۳۵ است و این ماده مربوط به موردی است که طرفین، داور یا داورهای خود را در ضمن معامله یا قرارداد معین نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف یک طرف داور خود را معین ننماید و برای تعیین داور به جای طرف مستنکف به دادگاه رجوع شود؛ در این صورت هرگاه اختلافی راجع به معامله اصلی یا قرارداد داوری باشد، منطقی است که دادگاه پس از احراز صحت «معامله و قرارداد» اقدام به تعیین داور به جای طرف ممتنع نماید. لیکن هرگاه طرفین داوران خود را برگزیده باشند یا بعد از تعیین داور به وسیله مرجع قضایی و تشکیل دادگاه داوری اختلاف راجع به صحت معامله یا قرارداد مطرح شود، قاعده مذکور لازم‌الاجرا نخواهد بود. به هر تقدیر، ق.د.ت.ب. دارای این مزیت است که به قاعده استقلال شرط داوری تصریح کرده و جای هیچ‌گونه بحث و اختلافی باقی نگذاشته است.

۷. قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت

قاعده صلاحیت داور برای رسیدگی به صلاحیت خود در داوریه‌های بازرگانی بین‌المللی پذیرفته شده و در مقررات داخلی و اسناد بین‌المللی هم منعکس گردیده و برخی از حقوقدانان آن را یک اختیار ذاتی و طبیعی^۱ تلقی کرده‌اند. (۱۵) عدم صلاحیت به معنی عام دارای مصادیق متعدد است؛ ممکن است ناشی از فقدان یا بطلان قرارداد داوری یا تابعیت خاص داور یا نبودن برخی اوصاف و شرایط لازم در اصحاب دعوی یا موضوع دعوی یا داوران یا تجاوز آنان از حدود اختیارات خود باشد. همه این مسائل در

داوریها از مسائل صلاحیتی به شمار می آیند که دادگاه داوری می تواند درباره آنها تصمیم بگیرد، اگرچه این تصمیم تحت کنترل مرجع قضایی قرار دارد و آخرین سخن با دادگاه ملی است.

ماده ۱۶ ق.د.ت.ب. که از ماده ۱۶ قانون نمونه اقتباس شده چنین مقرر می دارد: «داور می تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقت نامه داوری اتخاذ تصمیم کند...».

بند ۲ ماده ۱۶ زمان ایراد عدم صلاحیت را محدود کرده و مقرر داشته است که این ایراد «نباید مؤخر از تسلیم لایحه دفاعیه باشد». از آنجا که ممکن است در داوری، مانند رسیدگی قضائی، تبادل لوایح وجود نداشته باشد بهتر آن بود که این فرض نیز در قانون پیش بینی می شد و در این صورت، به طرف دعوی مهلت داده می شد که تا اولین جلسه رسیدگی ایراد عدم صلاحیت را مطرح کند.

در بند ۳ ماده ۱۶ ق.د.ت.ب. مقرر شده است که داور باید به ایراد عدم صلاحیت، به عنوان یک امر مقدماتی، قبل از ورود به ماهیت دعوی اتخاذ تصمیم کند، در حالی که در بند ۳ ماده ۱۶ قانون نمونه به دادگاه داوری اختیار داده شده است که به ایراد مذکور به عنوان یک امر مقدماتی یا در رأی ماهوی خود تصمیم گیری کند، جز در صورتی که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. به نظر می رسد که عدول از قانون نمونه دلیل موجهی ندارد؛ زیرا گاهی مسأله صلاحیت پیچیده است و به ماهیت بستگی کامل دارد و از این رو تصمیم گیری راجع به آن همراه با ماهیت اولی است. از سوی دیگر دادن اختیار بیشتر، به داور با ماهیت و هدفهای داوری سازگارتر است؛ به علاوه، برابر ق.د.ت.ب. و قانون نمونه هرگاه داور نسبت به صلاحیت خود به عنوان یک امر مقدماتی رسیدگی و تصمیم گیری کند و یکی از طرفین از تصمیم مزبور به مرجع قضایی شکایت نماید، این شکایت مانع جریان داوری و ادامه رسیدگی نخواهد بود (قسمت آخر بند ۳ ماده ۱۶). پس رسیدگی به صلاحیت به عنوان امر مقدماتی فایده و اثر چندانی نخواهد داشت.

بند ۳ ماده ۱۶ ق.د.ت.ب. پس از ذکر قاعده فوق، استثنائی بر آن وارد کرده و می گوید: «اتخاذ تصمیم در مورد ایراد خروج داور از صلاحیت که سبب آن در حین رسیدگی حادث شود ممکن است در ضمن رأی ماهوی به عمل آید».

به هر حال تصمیم داور در مورد صلاحیت خود، قابل شکایت در دادگاه صلاحیتدار داخلی است. چنانچه داور به عنوان یک امر مقدماتی به صلاحیت خود رأی دهد هر یک از طرفین می‌تواند ظرف ۳۰ روز از تاریخ ابلاغ رأی به دادگاه داخلی شکایت کند. هرگاه داور در رأی نهایی نسبت به صلاحیت اتخاذ تصمیم کرده باشد، این تصمیم نیز قابل کنترل از سوی دادگاه است و عدم صلاحیت داور، موجب ابطال یا مانع شناسایی و اجرای رأی خواهد بود (مواد ۳۳ و ۳۵ ق.د.ت.ب.).

بدین سان ملاحظه می‌شود که ق.د.ت.ب. در مورد پذیرش قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت، با مقررات بین‌المللی و حقوق تطبیقی هماهنگی دارد. حال بینیم ق.آ.د.م. در این خصوص چه قاعده‌ای پذیرفته است. در این قانون نص صریحی راجع به این قاعده دیده نمی‌شود. ممکن است با توجه به ظاهر ماده ۶۳۶ ق.آ.د.م. گفته شود که رسیدگی به این امر در صلاحیت مرجع قضایی است.

لیکن این نظر قابل ایراد است زیرا، چنانکه گفته شد، این ماده صلاحیت داور را جهت رسیدگی به صلاحیت خود به عنوان یک قاعده کلی نفی می‌کند، و فقط ناظر به موردی خاص است، یعنی موردی که قبل از بروز اختلاف در مورد اصل داوری توافق شده ولی داور در قرارداد داوری تعیین نشده و یک طرف از تعیین داور اختصاصی خود امتناع کند (یا طرفین در تعیین داور مشترک به توافق نرسند) و برای تعیین داور به دادگاه مراجعه شود؛ در این صورت طبیعی است که اگر ایرادی راجع به صلاحیت وجود داشته باشد دادگاه باید قبل از تعیین داور راجع به آن اخذ تصمیم کند. ولی از آن ماده قاعده‌ای کلی مبنی بر عدم صلاحیت داور جهت رسیدگی به صلاحیت خود - که برخلاف گرایشهای امروز در داوریهای داخلی و بین‌المللی است - نباید استنباط کرد.

۸. حقوق حاکم

در داوریهای بین‌المللی معمولاً از قانون یا حقوق حاکم بر قرارداد داوری، آیین دادرسی و ماهیت دعوی سخن می‌گویند (۱۶) و قواعدی برای آنها ذکر می‌کنند که با قواعد عمومی تعارض قوانین متفاوت است، به ویژه از آن رو که در زمینه داوری اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده نخستین حل تعارض پذیرفته شده و قانون منتخب طرفین

در درجه اول قابل اجرا شناخته می‌شود و به دیگر سخن، داوری بازرگانی بین‌المللی، از نظر قانون حاکم، گرایش به خروج از سلطه مقررات دولتی دارد. در حالی که در ق.آ.د.م. قواعدی در زمینه قانون حاکم بر جنبه‌های مختلف داوری دیده نمی‌شود و بناچار برای حل تعارض قوانین در داوریها باید به قواعد عمومی رجوع کرد - که چه بسا نامناسب و با گرایشهای جدید داوریهای بین‌المللی ناسازگار است - در ق.د.ت.ب. برای حقوق حاکم بر هر یک از سه موضوع یادشده مقرراتی آمده که برگرفته از قانون نمونه آنسیترال و متأثر از نظریه‌ها و گرایشهای جدید است.

الف. حقوق حاکم بر قرارداد داوری

در ق.د.ت.ب. قاعده مستقلى در این خصوص دیده نمی‌شود؛ لیکن از بند ۱ ب ماده ۳۳ که مربوط به درخواست ابطال رأی است برمی‌آید که موافقت‌نامه داوری در درجه اول تابع قانون منتخب طرفین است و در صورت سکوت آنان، تابع قانون محل داوری (قانون ایران) خواهد بود.

قابل ذکر است که در عبارت قانون به جای سکوت طرفین «سکوت قانون حاکم» ذکر شده که نادرست و ناشی از اشتباه در ترجمه است. ماده ۳۴ قانون نمونه در این مورد روشن است: از بند ۲ الف I این ماده بوضوح برمی‌آید که قرارداد داوری تابع قانونی است که طرفین بر آن حاکم دانسته‌اند و در صورتی که چنین قانونی تعیین نشده باشد، تابع قانون محل داوری است.

در کنوانسیون نیویورک (بند ۱ ماده ۵) و کنوانسیون ژنو (بند ۲ ماده ۶) نیز اصل تعیین حقوق حاکم به وسیله طرفین و در صورت سکوت آنان، اجرای قانون محل صدور رأی پذیرفته شده است.

باید یادآور شد که اجرای قانون حاکمیت اراده در مورد قرارداد داوری دارای استثنائات و محدودیتهایی است که ناشی از مقتضیات نظم عمومی است. (۱۷) مثلاً اهلیت طرفین را نمی‌توان تابع قانون منتخب آنان دانست، بلکه این موضوع تابع قاعده عمومی تعارض قوانین است که در حقوق ما مبنی بر صلاحیت قانون شخصی (دولت متبوع شخص) است.

ب. حقوق حاکم بر آیین دادرسی

از آنجا که داوری مبتنی بر اراده طرفین است و گرایش به رهایی از سلطه دولت و مقررات دولتی دارد، در آیین دادرسی نیز تابع قانون حاکمیت اراده است. حتی طرفین می‌توانند آیین دادرسی را بدون ارجاع به قانون کشور خاصی مشخص نمایند. کنوانسیون نیویورک اصل حاکمیت اراده را در این خصوص پذیرفته و در صورت سکوت طرفین قانون محل داوری را لازم‌الاجرا شناخته است. (بند ۱ ماده ۴) کنوانسیون ژنو که جنبش رهایی از سلطه مقررات دولتی در آن بیشتر منعکس است، پس از قبول اصل حاکمیت اراده در تعیین حقوق حاکم بر آیین دادرسی، در مرحله دوم، اختیار تعیین حقوق حاکم را به داوران داده است. همین نظر در قانون نمونه آنسیترال (ماده ۱۹) منعکس شده و ق.د.ت.ب. نیز به تبعیت از قانون نمونه همین راه حل را پذیرفته است. ماده ۱۹ قانون ایران چنین مقرر می‌دارد:

«۱. طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون در مورد آیین رسیدگی داوری توافق نمایند.»

«۲. در صورت نبودن چنین توافقی داور با رعایت مقررات این قانون، داوری را به نحو مقتضی اداره و تصدی می‌نماید. تشخیص ارتباط، موضوعیت و ارزش هرگونه دلیل برعهده داور است.»

دربارۀ این ماده چند نکته قابل ذکر است:

اولاً، توافق طرفین درباره آیین دادرسی، اعم از اینکه از طریق ارجاع به قانون خاصی باشد یا نه، معتبر و نافذ است، به شرط اینکه مقررات آمره این قانون را که تعداد آنها کم و محدود به اصول اساسی دادرسی است رعایت کند.

ثانیاً، در صورت سکوت طرفین داور شیوه دادرسی را تعیین می‌کند، مشروط بر اینکه مقررات این قانون را، چه آمره باشد، چه غیرآمره (تعویضی یا تکمیلی)، رعایت نماید. بنابراین اختیار داور در تعیین آیین دادرسی محدودتر از اختیار طرفین است و در عین حال داور هم، در آنجا که با سکوت قانون ایران، نحوه دادرسی را خود تعیین می‌کند، مکلف به ارجاع به قانون ملی خاصی نیست.

ثالثاً، هرگاه طرفین بر داوری سازمانی توافق کرده باشند، مقررات داوری سازمان

لازم الاجرا خواهد بود. (مستنبط از بند الف ماده ۳ و بند ۲ ماده ۶). در واقع اجرای مقررات مزبور به طور ضمنی مورد توافق طرفین واقع شده است و توافق طرفین درباره آیین رسیدگی، برابر بند ۱ ماده ۱۹ قانون، معتبر و نافذ است.

رابعاً، داور از لحاظ ادله اثبات دعوی مکلف به رعایت قانون خاصی نیست و به دیگر سخن تشخیص قابل قبول بودن، ارتباط و ارزش هرگونه دلیل برعهده داور است.

در متن ماده ۱۹ قانون نمونه کلمه قابل قبول بودن^۱ نیز دیده می شود که در ق.د.ت.ب. به اشتباه از قلم افتاده است. مقصود این است که داور درباره پذیرش یا عدم پذیرش برخی از ادله آزاد است و محدودیتهایی که در این خصوص در قانون ملی دیده می شود برای او لازم الرعایه نیست.

در ق.آ.د.م. به آزادی داور در اصول محاکمه و مکلف نبودن به رعایت مقررات قانون مزبور و لزوم رعایت قرارداد داوری در این زمینه اشاره شده است (ماده ۶۵۷)، هر چند که عبارت قانون کوتاه و مختصر و خصوصاً فاقد توضیح در باب ادله اثبات دعوی است.

ج. حقوق حاکم بر ماهیت

در مورد تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی اصل حاکمیت اراده در قوانین و مقررات داخلی و بین المللی مورد قبول واقع شده و در صورت سکوت طرفین راه حلها و نظریه های مختلف پیشنهاد گردیده است: نظریه تعیین قانون حاکم به موجب قاعده تعارض کشور محل داوری، نظریه آزادی داور در انتخاب قاعده تعارض مناسب و تعیین قانون حاکم از آن راه (حتی برخی برآنند که داور می تواند بدون توسل به قاعده تعارض و به طور مستقیم قانون قابل اجرا را تعیین و اجرا کند)، نظریه حل مسأله با تعیین پایگاه رابطه حقوقی، یعنی کشوری که قرارداد با آن ارتباط بیشتری دارد، و نظریه اعمال حقوق بین الملل. (۱۸)

نظریه ای که بیشتر پذیرفته شده و در مقررات داخلی و بین المللی منعکس گردیده نظریه دوم است که در صورت سکوت طرفین، به داور اختیار می دهد، با انتخاب قاعده

تعارضی که مناسب تشخیص می‌دهد، قانون حاکم بر ماهیت را تعیین نماید. همین نظر در قانون نمونه (ماده ۲۸) و ق.د.ت.ب. انعکاس یافته است. به موجب ماده ۲۷ قانون اخیر: «۱. داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد...»

«۲. در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد، که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد...» جمله اخیر گویا نیست و ممکن است از آن چنین استنباط شود که داور باید برای تعیین قانون حاکم به قواعد حل تعارض ایران مراجعه کند. لیکن مراجعه به ماده ۲۸ قانون نمونه نشان می‌دهد که مقصود دادن اختیار به داور در انتخاب قاعده تعارض مناسب بوده است که گرایش غالب در داوریهای بازرگانی بین‌المللی را تشکیل می‌دهد. حتی ترجمه فارسی قانون نمونه مندرج در مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی (شماره چهارم) گویای این مطلب است. در ترجمه مزبور چنین آمده است: «در صورت عدم تعیین (قانون ماهوی) از جانب طرفین، هیأت داوری قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده تعیین می‌گردد».

همین راه حل در کنوانسیون ژنو (ماده ۷) و مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (بند ۳ ماده ۱۳) منعکس گردیده است. (۱۹)

در مورد داوریهای داخلی ایران که مشمول قانون جدید نمی‌باشد نص خاصی در این خصوص وجود ندارد و چاره‌ای جز رجوع به قواعد عمومی خصوصاً ماده ۹۶۸ قانون مدنی وجود ندارد. بدیهی است که این ماده، صرفنظر از اختلافی که در اجباری یا اختیاری بودن آن وجود دارد، متضمن یک قاعده قدیمی است که با گرایشهای جدید خصوصاً در زمینه داوریهای بین‌المللی وفق نمی‌دهد. (۲۰)

۹. داوری به طور کدخدامنشی

در داوریهای امروز بین داوری بر اساس قانون و داوری به طور کدخدامنشی^۱ یا

داوری بر اساس انصاف^۱ تفکیک می‌کنند. در داوری به‌طور کدخدامنشی، داور مکلف به رعایت مَرّ قانون نیست، بلکه هرگاه اجرای قانون را برخلاف انصاف ببیند می‌تواند از آن عدول کند. به دیگر سخن، در داوری به‌طور کدخدامنشی یا بر اساس انصاف، داور مقید به اجرای دقیق قواعد حقوقی حاکم بر تعهدات طرفین، اعم از تعهدات قراردادی یا قانونی، نیست بلکه هرگاه اجرای این مقررات به نتیجه غیرمنصفانه‌ای منتهی شود، داور از آن خودداری می‌نماید. مثلاً در مورد تعیین مقدار خسارت، با رهیافتی انعطاف‌پذیر، به‌جای آنکه مقررات قانونی را به‌طور دقیق اجرا کند، انصاف و واقعیت‌های بازرگانی را مدنظر قرار می‌دهد. داوری به‌طور کدخدامنشی که نوعی از داوری است، به صدور حکمی لازم‌الاجرا منتهی می‌گردد و از این جهت با میانجیگری^۲ که برای طرفین الزام‌آور نیست متفاوت است. در داوری به‌طور کدخدامنشی، با اینکه داور مقید به مَرّ قانون نیست، آزادی مطلق و نامحدود در رسیدگی و تصمیم‌گیری ندارد، بلکه باید اصول اساسی دادرسی، مانند اصل رفتار مساوی، و قواعد مربوط به نظم عمومی و قواعد آمره قانون حاکم بر داوری^۳ را رعایت کند. (۲۱)

داوری به‌طور کدخدامنشی در برخی از کشورها پذیرفته نشده لیکن امروزه، در بیشتر مقررات داخلی، خصوصاً در کشورهای رومی - ژرمنی، و اسناد بین‌المللی مورد قبول قرار گرفته است. با وجود این، اصل این است که داور باید بر اساس قانون تصمیم بگیرد و هنگامی می‌تواند به‌طور کدخدامنشی یا بر اساس انصاف رأی صادر کند که طرفین صریحاً چنین اختیاری به او داده باشند. در برخی از مقررات بین‌المللی داوری شرط دیگری هم به آن افزوده شده است که عبارت از تجویز قانون حاکم بر داوری است. مثلاً در بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی راجع به داوری بازرگانی بین‌المللی معروف به کنوانسیون ژنو (۱۹۶۱) چنین آمده است: «داوران به‌طور کدخدامنشی حکم خواهند کرد، در صورتی که اراده طرفین بر آن باشد و قانون حاکم بر داوری نیز آن را تجویز نماید». در ماده ۱۳ پیشین مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی مصوب ۱۹۵۵ نیز

1. Ex aequo et bono

2. Conciliation

3. Lex arbitri

چنین شرطی دیده می‌شد.

اما نظریه غالب و رایج در داوریه‌های امروز همان است که در بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه و بند ۳ ماده ۲۷ ق.د.ت.ب. منعکس گردیده است. به موجب این بند «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد». به نظر می‌رسد که دو اصطلاح مذکور دارای معنی واحدی هستند و به طور مترادف به کار می‌رود و گاهی این نوع داوری را داوری بر اساس ملاحظات غیرحقوقی یا داوری غیرحقوقی^۱ می‌نامند.

در ق.آ.د.م. این گونه داوری به طور صریح پذیرفته نشده ولی داوری با اختیار صلح که در ماده ۶۵۹ قانون مزبور آمده، نزدیک به داوری به طور کدخدامنشی است. ظاهراً نویسندگان ق.آ.د.م. نخواستند داوری به طور کدخدامنشی یا بر اساس انصاف را به طور صریح بپذیرند؛ لیکن با استفاده از نهاد صلح، نوعی از داوری را قبول کرده‌اند که به داوری مذکور نزدیک است. در این گونه داوری طرفین به داوران اختیار صلح و سازش می‌دهند و بدین سان اشخاص منتخب از یک سو داور و از سوی دیگر وکیل در مصالحه به شمار می‌آیند و در این صورت می‌توانند قرارداد صلحی که اغلب متضمن گذشت و تسامح است و مرّ قانون (بجز قواعد امری) در آن لازم‌الرعیه نیست به نمایندگی از طرفین منعقد و بر اساس آن رأی صادر کنند، مانند موردی که داور بر اساس سازش و شرایط مرضی الطرفین رأی صادر می‌کند (ماده ۲۸ ق.د.ت.ب.). این صلحنامه یا گزارش اصلاحی که به امضای داور می‌رسد یک صلحنامه محض نیست بلکه رأی داوری به شمار می‌آید و برابر ماده ۶۵۹ ق.آ.د.م. قابل اجرا خواهد بود. بنابراین می‌توان گفت داوری با اختیار صلح دارای ماهیت دوگانه است: داوران هم دارای سمت داور و هم وکیل در سازش هستند؛ لیکن در داوری به طور کدخدامنشی داور، وکیل طرف دعوی به شمار نمی‌آید و به عنوان داور، البته با اختیاراتی گسترده و دستی گشاده، رسیدگی و تصمیم‌گیری می‌کند. بدیهی است که این نهاد با ماهیت قضایی داوری و وظیفه‌ای که امروزه برای داوران قائل هستند بیشتر سازگار است و قبول آن در قانون جدید یک

نوآوری شایسته بوده است.

۱۰. اصلاح، تفسیر و تکمیل رأی

در ق.د.ت.ب. به پیروی از قانون نمونه، مقرراتی راجع به اصلاح، تفسیر و تکمیل رأی داور آمده که از نوآوریهای قانون جدید است. در ق.آ.د.م. فقط یک ماده کوتاه راجع به تصحیح حکم داور دیده می شود که به موجب آن «تصحیح حکم قبل از انقضاء مدت داوری با داور و بعد از انقضاء مدت، با دادگاه صلاحیتدار است»؛ ولی این قانون در مورد تفسیر و تکمیل رأی داور ساکت است، حال آنکه در قانون جدید مقررات جامعی درباره اصلاح، تفسیر، و تکمیل رأی آمده است.

ماده ۳۲ قانون جدید به این موضوع اختصاص داده شده که مشتمل بر ۳ بند است. به موجب بند یک، داور می تواند بنا به تقاضای هر یک از طرفین یا رأساً، هرگونه اشتباه در محاسبه، نگارش یا اشتباهات مشابه در رأی را اصلاح یا از آن رفع ابهام کند و به دیگر سخن آن را تفسیر نماید. مهلت تقاضای این کار ۳۰ روز از تاریخ ابلاغ رأی و مهلت داور جهت رفع اشتباه یا ابهام نیز ۳۰ روز است.

به علاوه، برابر بند ۲ همان ماده، هر یک از طرفین می تواند ظرف ۳۰ روز از تاریخ دریافت رأی تقاضا کند که داور نسبت به ادعاهایی که اقامه کرده ولی در رأی مسکوت مانده است رأی تکمیلی صادر کند. مهلت داور برای صدور رأی تکمیلی ۶۰ روز است. برابر بند ۳ ماده ۳۲ مقررات راجع به شکل و محتوای رأی از جمله موجه و مدلل بودن و داشتن امضا و تاریخ که در ماده ۳۰ ق.د.ت.ب. آمده است، در مورد اصلاح، تفسیر، و رأی تکمیلی هم لازم الرعایه است.

ماده ۳۲ ق.د.ت.ب. با پاره ای تغییرات جزئی که چندان قابل توجیه نیست، (۲۲) از ماده ۳۳ قانون نمونه آنستیرال اقتباس شده است.

۱۱. اعتراض به رأی داور (قابلیت ابطال و بطلان رأی)

در حالی که ق.آ.د.م. یک ماده (ماده ۶۶۵) به موارد بطلان و غیر قابل اجرا بودن رأی اختصاص داده و فقط سه علت برای بطلان و عدم قابلیت اجرا ذکر کرده (۲۳) که برخی از

آنها هم قابل ایراد است، قانون داوری تجاری بین‌المللی در مواد ۳۳ و ۳۴، با بهره‌گیری از ماده ۳۴ قانون نمونه، مقررات نسبتاً جامعی راجع به این موضوع آورده و موارد متعددی را برای قابلیت ابطال یا بطلان رأی ذکر کرده است. قابل ذکر است که ق.د.ت.ب. به پیروی از قانون نمونه، و برخلاف ق.آ.د.م. موانع شناسایی و اجرای رأی را جداگانه در ماده ۳۵ آورده، هر چند که در این ماده به مواد راجع به درخواست ابطال و بطلان رأی ارجاع کرده است.

نکته دیگر آنکه مواردی که در قانون نمونه برای ابطال رأی ذکر شده هماهنگ با کنوانسیون نیویورک است. در واقع هدف نویسندگان قانون نمونه این بوده است که در این زمینه از کنوانسیون نیویورک - که موفقیت شایانی داشته و بسیاری از کشورها آن را پذیرفته‌اند - پیروی کنند تا از این راه هماهنگی و نوعی وحدت حقوقی در زمینه موانع شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی ایجاد گردد. قانون جدید ایران هم تا حدی با قانون نمونه هماهنگی دارد، اگرچه تفاوت‌هایی هم بین آنها دیده می‌شود. اینک بجاست به مشابهتها و وجوه اختلاف ق.د.ت.ب. و قانون نمونه، درباره درخواست ابطال و بطلان رأی اشاره نمائیم.

الف. درخواست ابطال رأی (قابلیت ابطال)

ق.د.ت.ب. موارد درخواست ابطال را از موارد بطلان تفکیک کرده است، همانگونه که در حقوق غربی بین قابلیت ابطال (بطلان نسبی) و بطلان مطلق فرق می‌گذارند. در قابلیت ابطال درخواست ابطال و اقامه دلیل از سوی یکی از طرفین لازم است، حال آنکه در بطلان مطلق دادگاه می‌تواند رأساً حکم به بطلان رأی صادر نماید، اگرچه یکی از طرفین آن را درخواست نکرده یا دلیلی بر آن نیاورده باشد. تفکیک بین این موارد ناشی از اهمیت متفاوت علل ابطال است. در حقیقت دسته اول از موارد برای حمایت از طرف دعوی و دسته دوم برای حمایت از منافع جامعه مقرر شده است. در قانون نمونه هم چنین تفکیکی دیده می‌شود، با این تفاوت که در هر دو دسته برای حکم به ابطال رأی درخواست طرف داوری لازم شناخته شده است و اعتراض به رأی داوری صرفاً به صورت درخواست ابطال ممکن است (بند ۱ ماده ۳۴)؛ لیکن در دسته دوم که اهمیت

بیشتری دارد ارائه دلیل به وسیله طرف داوری ضروری نیست و احراز وجود یکی از علل بطلان به وسیله دادگاه شرط است. پس از توضیح فوق اینک نخست به ذکر مواردی که برای درخواست ابطال رأی در ق.د.ت.ب. آمده و مشابه گروه اول از موارد مندرج در بند ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه است می‌پردازیم. و سپس به وجوه اختلاف بین دو قانون اشاره می‌کنیم.

اول. موارد مشابه. در ق.د.ت.ب. شش مورد برای درخواست ابطال رأی به شرح زیر ذکر شده که، صرفنظر از تفاوت‌های جزئی و صوری، مشابه موارد مذکور در بند ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه است:

(الف) یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده باشد؛

(ب) موافقت‌نامه، به موجب قانونی که طرفین بر آن موافقت‌نامه حاکم دانسته‌اند معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم مخالف صریح قانون ایران باشد. چنانکه گفته شد «سکوت قانون حاکم» در این عبارت اشتباه است و باید به جای آن «سکوت طرفین» گذاشت (ر.ک: ص ۱۱ و ۱۲)

(ج) مقررات این قانون در خصوص ابلاغ اخطاریه‌های تعیین داور یا درخواست داوری رعایت نشده باشد. از آنجا که مقصود عدم ابلاغ صحیح اخطاریه‌ها و اوراق دادرسی است محدودکردن آن به «اخطاریه‌های تعیین داور یا درخواست داوری» درست به نظر نمی‌رسد و عبارت قانون نمونه (بند ۲ الف II ماده ۳۴) گسترده‌تر و جامع‌تر و از این رو مناسب‌تر است.

(د) درخواست‌کننده ابطال، به دلیلی که خارج از اختیار او بوده موفق به ارائه دلایل و مدارک خود نشده باشد. مقصود عدم رعایت حق دفاع است که از اصول اساسی دادرسی به شمار می‌آید.

(ه) داور خارج از حدود اختیارات خود رأی داده باشد. چنانکه موضوعات مرجوعه (۲۴) به داوری قابل تفکیک باشد فقط آن قسمتی از رأی که خارج از حدود اختیارات داور بوده قابل ابطال است.

(و) ترکیب هیأت داوری یا آیین دادرسی مطابق موافقت‌نامه داوری نباشد و یا در صورت سکوت یا عدم وجود موافقت‌نامه داوری، مخالف قواعد مندرج در این قانون

باشد.

دوم. وجوه اختلاف. صرفنظر از اختلافات جزئی و عبارتی، می‌توان تفاوت‌های عمده دو قانون را چنین خلاصه کرد:

موارد مذکور در ق.د.ت.ب. که در قانون نمونه دیده نمی‌شود: این موارد مشتمل بر ۳ مورد است که در بندهای ز، ح، و ط ماده ۳۳ قانون جدید آمده است:

(ز) رأی داوری مشتمل بر نظر موافق و مؤثر داوری باشد که جرح او توسط مرجع موضوع ماده ۶ (دادگاه داخلی، یا در داریوهای سازمانی، سازمان ذیربط) پذیرفته شده است. به نظر می‌رسد که افزودن این مورد توجیه قانع‌کننده‌ای ندارد، زیرا برابر بند ۳ ماده ۱۳ ق.د.ت.ب. و قانون نمونه، داوری که جرح شده و درخواست راجع به آن تحت رسیدگی است، تا اخذ تصمیم از سوی دادگاه «می‌تواند جریان داوری را ادامه داده و رأی نیز صادر کند.» بنابراین شرکت چنین داوری در صدور رأی نمی‌تواند موجب ابطال رأی باشد. تنها موردی که می‌توان آن را مشمول قاعده فوق دانست شرکت داور جرح شده در صدور رأی بعد از تصمیم مرجع صالح در مورد قبول علت جرح و برکناری اوست که در این صورت می‌توان رأی داور را به استناد بند «ه» یا «و» ماده ۳۳ قابل ابطال و حتی به استناد نظم عمومی (بند ۲ ماده ۳۴) باطل دانست. پس نیازی به افزودن مورد مذکور در بند ز نبوده 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 مدارکی یافت شود که دلیل حقانیت معترض بوده و ثابت شود که آن مدارک را طرف مقابل مکتوم داشته یا باعث کتمان آنها شده است.

دو مورد اخیر مشابه بندهای ۶ و ۷ ماده ۵۹۲ ق.آ.د.م. راجع به اعاده دادرسی است. در کارهای مقدماتی قانون نمونه، افزودن موارد مشابهی از سوی برخی از کشورها پیشنهاد شد ولی به تصویب نرسید، با این استدلال که محدود شدن موارد قابلیت ابطال در پیش‌نویس قانون نمونه، داوری بازرگانی بین‌المللی را تسهیل می‌کند و هماهنگ با کنوانسیون نیویورک است و انگهی این قبیل موارد می‌تواند مشمول مخالفت با نظم عمومی باشد که در بند ۲ ب ماده ۳۴ قانون نمونه ذکر شده است. (۲۵) مهلت درخواست

ابطال، هم به موجب قانون نمونه و هم برابر ق.د.ت.ب.، سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی است و از این لحاظ تفاوتی بین دو قانون نیست و حال آنکه این مهلت برای طرفین طبق ماده ۶۶۶ ق.آ.د.م. فقط ده روز از تاریخ ابلاغ رأی است که کافی به نظر نمی‌رسد.

قاعده مذکور در بند ۴ ماده ۳۴ قانون نمونه وجود دارد که در قانون ایران نیامده است: به موجب این بند «دادگاه می‌تواند، در مواردی که از او تقاضای ابطال رأی داوری شده، در صورت اقتضا و درخواست یکی از طرفین، به منظور ایجاد فرصت برای هیأت داوری جهت از سرگیری یا سایر اقدامات مشابه که به نظر هیأت داوری دلایل ابطال را منتفی سازد، رسیدگی به تقاضای مذکور را برای مدتی که خود تعیین می‌کند معلق نماید». با توجه به اینکه روند جدید مقررات داخلی و بین‌المللی مساعد تقویت و ترویج داوری و حل اختلاف از این طریق است و ق.د.ت.ب. هم با همین هدف تهیه و تصویب شده است، حذف بند ۴ مذکور از قانون ایران موجه به نظر نمی‌رسد.

ب. بطلان رأی

چنانکه اشاره کردیم، حکم به بطلان رأی در قانون نمونه نیاز به درخواست ابطال دارد، در حالی که برابر ق.د.ت.ب. ظاهراً دادگاه رأساً و بدون درخواست یکی از طرفین هم می‌تواند به علت بطلان رسیدگی و حکم مقتضی صادر نماید. به علاوه در قانون ایران، مهلت سه ماهه مذکور فقط برای درخواست ابطال است و برای اعلام بطلان مهلتی مقرر نشده و در هر زمان دادگاه وجود یکی از علل بطلان را احراز کند باید به آن حکم دهد، در حالی که در قانون نمونه مهلت سه ماهه برای همه موارد است و در همه موارد درخواست ابطال ضروری است، هر چند که در موارد بطلان (مطلق) بار دلیل بر دوش طرف دعوی نیست.

پس از این مقدمه، اینک در ارتباط با بطلان رأی به موارد مشابه و وجوه اختلاف اشاره می‌کنیم.

اول. موارد مشابه. ماده ۳۴ ق.د.ت.ب. در چهار مورد رأی داور را «اساساً باطل و غیر قابل اجرا» اعلام کرده است. که دو مورد اول به شرح زیر مشابه مواردی است که در بند ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه آمده 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 یا قواعد آمره این قانون باشد».

چنانکه ملاحظه می‌شود در بند ۲ فوق دو اصطلاح نظم عمومی و اخلاق حسنه به کار رفته است. در ماده ۹۷۵ قانون مدنی هم هر دو اصطلاح استعمال شده است؛ لیکن در قانون نمونه فقط «نظم عمومی» بکار رفته است. تفاوت دو قانون در این خصوص صرفاً صوری و عبارتی است، نه ماهوی، زیرا نظم عمومی دارای معنایی عام است و شامل اخلاق حسنه نیز می‌گردد. (۲۶) بنابراین ذکر اخلاق حسنه بعد از نظم عمومی در قانون ایران ذکر خاص بعد از عام است و جنبه توضیحی دارد. قابل ذکر است که نظم عمومی در روابط بین‌المللی دارای مفهومی متفاوت با نظم عمومی در روابط داخلی است که همه قواعد آمره را شامل می‌شود. نظم عمومی در روابط بین‌المللی دارای قلمروی محدودتر است و فقط شامل قواعدی است که با اصول اساسی تمدن یا منافع بنیادین کشور بستگی دارد و به دیگر سخن برای حفظ نهادهای سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور مقرر شده است. (۲۷) حال بینیم نظم عمومی در ماده ۳۴ ق.د.ت.ب. چه معنی دارد. از آنجا که موضوع قانون جدید، داوری تجاری بین‌المللی است، نظم عمومی در آن را می‌توان به مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌المللی تلقی کرد. این نظر در کارهای مقدماتی قانون نمونه هم مطرح گردید و پیشنهاد شد که به جای نظم عمومی اصطلاح «نظم عمومی بین‌المللی» به کار رود؛ ولی پس از بحثهای دراز سرانجام گروه کار پیشنهاد مزبور را رد کرد، با این استدلال که این نظر قبول عام نیافته و انگهی عبارت «نظم عمومی بین‌المللی» روشن نیست. (۲۸) در کنوانسیون نیویورک هم اصطلاح «نظم عمومی» به کار رفته است و از این لحاظ نیز قانون نمونه با کنوانسیون نیویورک هماهنگی دارد. بنابراین می‌توان گفت: مقصود از نظم عمومی در ماده ۳۴ همان نظم عمومی در روابط داخلی است. در جمله آخر بند ۲ ماده ۳۴ ق.د.ت.ب. مخالفت رأی با «قواعد آمره این قانون» هم موجب بطلان تلقی گردیده است، حال آنکه چنین عبارتی در قانون نمونه نیامده است. از آنجا که قواعد آمره این قانون، مربوط به اصول اساسی دادرسی است، تحت

شمول مفهوم نظم عمومی قرار می‌گیرد و ذکر آن ضرورتی نداشته است.
دوم. وجوه اختلاف. در بند ۳ ماده ۳۴ ق.د.ت.ب. دو مورد برای بطلان رأی به شرح زیر ذکر شده که در قانون نمونه نظیر ندارد:

«۳. رأی داوری صادره در خصوص اموال غیرمنقول واقع در ایران با قوانین آمره جمهوری اسلامی یا با مفاد اسناد رسمی معارض باشد، مگر آنکه در مورد اخیر داور حق سازش داشته باشد».

این بند ظاهراً از بند ۳ ماده ۶۶۵ ق.آ.د.م. اقتباس شده است، با این تفاوت که استثنای مذکور در قسمت اخیر عبارت فوق در ماده ۶۶۵ دیده نمی‌شود.

افزودن دو مورد یادشده به علل بطلان مندرج در قانون نمونه قابل ایراد است، زیرا: اولاً، در تجارت بین‌المللی معاملات غیرمنقول به ندرت پیش می‌آید و اصولاً این‌گونه معاملات از اعمال بازرگانی به شمار نمی‌آید (ماده ۲ قانون تجارت).

ثانیاً، معاملات غیرمنقول طبق قواعد تعارض قوانین (ماده ۸ قانون مدنی) تابع قانون محل وقوع مال است و قاضی یا داور مکلف به رعایت قواعد آمره محل مزبور است؛ ثالثاً، هرگاه رأی داور در خصوص اموال غیرمنقول واقع در ایران با قوانین آمره این کشور معارض باشد، این رأی به استناد مغایرت با نظم عمومی باطل است.

بنابراین می‌توان گفت چنین موردی مشمول بند ۲ ماده ۳۴ ق.د.ت.ب. است و نیازی به افزودن آن به عنوان علتی خاص برای بطلان رأی نبوده است.

اما بطلان رأی به علت معارض بودن آن با «مفاد اسناد رسمی معتبر» نیز قابل خدشه است، زیرا با توجه به تأکید بر چهره قضایی داوری در عصر جدید و اهمیتی که این شیوه حل اختلاف پیدا کرده است و گرایش به رفع محدودیتهایی که در گذشته در این زمینه وجود داشته است، به نظر می‌رسد که هرگاه سند رسمی فاقد برخی از شرایط اساسی باشد داور می‌تواند با رعایت موازین قانونی حکم به ابطال آن صادر کند، همانگونه که دادگاه دادگستری می‌تواند این کار را انجام دهد؛ در این صورت رأی داور که معارض با سند رسمی است مقدم بر سند است و نباید آن را باطل به شمار آورد. حتی می‌توان گفت رأی داور که معارض با سند رسمی باشد، بدون ابطال صریح سند هم مقدم بر آن خواهد بود. به دیگر سخن، همانطور که مرجع قضایی می‌تواند با رعایت موازین قانونی

حکمی برخلاف سند رسمی صادر کند یا آن را ابطال نماید، داور نیز که وظیفه دادرسی را برعهده دارد ممکن است رای بر اساس قانون صادر کند که معارض سند رسمی باشد و در این فرض باطل شناختن رأی درست به نظر نمی‌رسد، چه داور اختیار سازش داشته باشد یا نه.

قابل ذکر است که در کارهای مقدماتی قانون نمونه که منعکس‌کننده پیشنهادهای نمایندگان کشورها و قوانین داخلی آنها نیز می‌باشد، پیشنهادی مبنی بر افزودن موارد مذکور در بند ۳ ماده ۳۴ ق.د.ت.ب. دیده نمی‌شود و افزودن آن در ق.د.ب.ب. دلیل قانع‌کننده‌ای ندارد.

۱۲. شناسایی و اجرای رأی

در حالی که درخواست ابطال یا اعلام بطلان رأی داور از سوی طرفی که از رأی ناراضی است (محکوم علیه) مطرح می‌شود و مدت درخواست ابطال محدود به سه ماه است، شناسایی و اجرای رأی را طرفی که رأی داور به سود اوست (محکوم له) از دادگاه درخواست می‌کند که زمان آن هم محدود نیست. به علاوه درخواست ابطال به دادگاه محل داوری داده می‌شود (بند ۱ ماده ۳۳ ق.د.ت.ب. و بند ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه) در حالی که از دادگاههای دیگر نیز شناسایی و اجرای رأی را می‌توان درخواست کرد.

شناسایی و اجرای رأی دو مفهوم متفاوت است. شناسایی به معنی به رسمیت شناختن و اعلام اعتبار رأی است؛ لیکن اجرا علاوه بر شناسایی متضمن اخذ تدابیر اجرایی جهت اثر بخشیدن به آن است. اجرای رأی مستلزم شناسایی آن نیز می‌باشد ولی شناسایی ممکن است بدون اجرا باشد. شخصی که درخواست شناسایی می‌کند می‌خواهد دادگاه اعتبار رأی را اعلام کند تا رأی از اعتبار امر مختوم برخوردار باشد و اشخاص نتوانند دعوایی را که از طریق داوری مختومه شده است در مرجع دیگری مطرح نمایند. شناسایی رأی یک وسیله دفاعی در اختیار محکوم له می‌گذارد که می‌تواند در قبال دعوایی که احیاناً راجع به موضوع رأی مطرح می‌شود به آن استناد کند. اما درخواست اجرای رأی برای آن است که محکوم له از تدابیر و ضمانتهای اجرایی که برای اجرای احکام پیش‌بینی شده است، مانند توقیف اموال و غیر آن، برخوردار گردد.

مثلاً شرکتی که برای عدم تأدیه بهای کالاهای خریداری شده مورد تعقیب واقع شده و مرجع داوری به سود او رأی داده و دعوی خواهان (فروشنده) را رد کرده است از دادگاه شناسایی رأی داوری را درخواست می‌کند، با این هدف که خواهان نتواند دعوی خود را در مرجع دیگری مطرح نماید. در این فرض دادگاه اقدام به شناسایی رأی می‌کند، بی‌آنکه تصمیم به اجرای آن بگیرد. بر عکس در فرضی که داور به نفع فروشنده رأی داده و خواننده را محکوم به پرداخت ثمن کرده است، ممکن است محکوم‌له برای اجرای رأی به دادگاه مراجعه کرده، اخذ تدابیر اجرایی و برخورداری از ضمانت‌های قانونی را درخواست کند. در این فرض، دادگاه پس از شناسایی رأی دستور اجرا (اجراییه) صادر می‌کند و با صدور اجراییه عملیات اجرایی آغاز و عندالاقضاء از طریق توقیف اموال محکوم علیه رأی داور اجرا می‌شود و محکوم‌له به استیفای حق خود نایل می‌گردد. (۲۹)

شناسایی و اجرای آراء داوری داخلی به آسانی پذیرفته می‌شود ولی اجرای آراء داوری خارجی یا بین‌المللی دارای مشکلات و پیچیدگیهایی است و مقررات خاصی را می‌طلبد. از این رو کنوانسیونهای متعددی که مهمترین و معروفترین آنها کنوانسیون نیویورک می‌باشد، برای تسهیل اجرای این‌گونه آراء منعقد گردیده و چه بسا در قوانین داخلی هم مقررات ویژه‌ای در این زمینه وضع شده است (مانند قوانین فرانسه و سوئیس). قانون نمونه هم برای تسهیل اجرای این آراء و ایجاد وحدت در مقررات راجع به آن تدوین شده که بر اساس آن ق.د.ت.ب. فراهم آمده است. ماده ۳۵ قانون جدید که ناظر به شناسایی و اجرای رأی داور است مشابه مواد ۳۵ و ۳۶ قانون نمونه است، با این تفاوت که در قانون نمونه موارد عدم شناسایی و اجراء جدا از موارد اعتراض به رأی است که به تفصیل در ماده ۳۶ آمده است؛ لیکن با توجه به اینکه این موارد تقریباً همان موارد ابطال رأی است قانون ایران (ماده ۳۵) از تکرار موانع شناسایی و اجراء خودداری کرده و در این ماده به مواد ۳۳ و ۳۴ ارجاع نموده است. در بند ۱ ماده ۳۵ ق.د.ت.ب. چنین آمده است:

«۱. به استثنای موارد مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴، آرای داوری که مطابق مقررات این قانون صادر شود، قطعی و پس از ابلاغ لازم‌الاجرا است و در صورت درخواست کتبی از

دادگاه موضوع ماده ۶، ترتیبات اجرای احکام دادگاهها داده می‌شود».

این عبارت نزدیک به بند ۱ ماده ۳۵ قانون نمونه است، با این تفاوت مهم که قانون نمونه رأی داوری را صرفنظر از کشوری که در قلمرو آن صادر شده لازم‌الاجرا می‌شناسد، حال آنکه ق.د.ت.ب. آرای را که مطابق این قانون صادر شود قطعی و لازم‌الاجرا تلقی می‌کند. قابل ذکر است که این تغییر از ارزش و کارایی مقررات جدید در زمینه اجرای آراء داوری می‌کاهد. در حالی که هدف قانون نمونه، ایجاد مقررات یکنواخت مناسب برای اجرای آراء داوری بین‌المللی، بدون توجه به محل صدور آنها است. قانون ایران، اجرای مقررات جدید را محدود به آرای کرده که بر طبق قانون مزبور صادر شده باشد. از آنجا که قانون ایران در عمل فقط در مورد آراء صادره در ایران اجرا می‌شود مقررات اجرای آراء داوری هم منحصر به آراء صادره در ایران خواهد بود. و آراء صادره در خارج نمی‌تواند از مقررات جدید برخوردار گردد. مقررات ق.آ.د.م. هم در این زمینه ناقص است و انگهی این مقررات اصولاً مربوط به آراء داوری داخلی است و تعمیم آن به آراء داوری بین‌المللی یا خارجی خالی از اشکال نیست. بنابراین جای تأسف است که قانونگذار جدید، با اینکه، نظر به تسهیل داوری و اجرای آراء آن و هماهنگی با گرایشهای جدید داشته است، دانسته و یا ندانسته، قواعد راجع به اجرای آراء را منحصر به آراء داخلی کرده و در مورد اجرای آراء خارجی هیچ قاعده‌ای نیاورده و خلأ قانونی را همچنان حفظ کرده است.

فرق دیگری که بین قانون نمونه و قانون ایران دیده می‌شود حذف بند ۲ ماده ۳۵ قانون نمونه، در قانون ایران است که دلیلی بر آن در دست نیست. به موجب این بند «طرفی که به رأی استناد می‌کند یا درخواست اجرای آن را می‌کند بایستی نسخه اصل رأی را که به طور کامل تأیید شده یا کپی تصدیق شده آن را همراه با نسخه اصل موافقت‌نامه داوری مذکور در ماده ۷ یا نسخه تصدیق شده آن تسلیم نماید. چنانچه رأی یا موافقت‌نامه به زبان رسمی این کشور نباشد، بایستی ترجمه کاملاً مصدق آنها به زبان رسمی مذکور را نیز تسلیم کند». معلوم نیست چرا این بند که معقول و مناسب بوده در قانون ایران از قلم افتاده است.

تفاوت ماهوی و قابل ذکر دیگر بین دو قانون این است که در ماده ۳۶ قانون نمونه،

علاوه بر مواردی که مجوز ابطال رأی است، موردی برای عدم شناسائی و عدم اجرا ذکر شده که مشابه آن در ق.د.ت.ب. نیامده است. برابر بند «۱» الف ۷ ماده ۳۶ قانون نمونه، یکی از موانع شناسائی و اجرا آن است که «رأی داوری هنوز نسبت به طرفین الزام آور نشده باشد، یا توسط دادگاه کشوری که در آنجا صادر شده یا طبق قانونی که به موجب آن صادر گردیده، ابطال یا معلق شده باشد». عدم ذکر این مورد در قانون ایران شاید بدین تصور بوده که به موجب بند ۱ ماده ۳۵ فقط رأی داوری قطعی، لازم الاجرا اعلام شده و رای که «نسبت به طرفین الزام آور نشده باشد» قطعی به شمار نمی آید؛ دو مورد دیگر هم که راجع به ابطال یا تعلیق رأی در قانون نمونه آمده از بدیهیات است و نیازی به ذکر آنها نیست. با وجود این، گمان می رود که ذکر موارد مذکور برای رفع هرگونه شبهه و ابهام اولی بوده است.

یادداشت‌ها

۱. از منابع اصلی این مقاله، علاوه بر متن قانون داوری تجاری بین‌المللی و قانون نمونه داوری آنسیترال، گزارش تحقیقی است که خانم لعیا جنیدی در موضوع «نقد و بررسی تطبیقی لایحه داوری تجاری بین‌المللی» قبل از تصویب قانون، در مؤسسه حقوق تطبیقی، زیر نظر نویسنده این مقاله، انجام داده است. این طرح از طرح‌های تحقیقاتی مصوب شورای پژوهشی دانشگاه تهران بوده است.
۲. برای توضیح بیشتر ر.ک.: گزارش تحقیق مذکور، ص ۱۰.
۳. این اشکالات در گزارش تحقیقی مذکور مورد بحث واقع شده است.
۴. سیدحسین صفائی، مجموعه مقالات درباره حقوق بین‌الملل و داوریهای بین‌المللی (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۵)، ص ۱۳۱.
۵. همان، ص ۱۳۶.
۶. برای توضیح بیشتر ر.ک.:

F. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996, no 1306 et s., p.725 et s.

۷. مقصود مقرراتی است که کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌المللی (آنسیترال) برای داوری موردی تهیه کرده و این مقررات در سال ۱۹۷۶ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده و مجمع عمومی طی قطعنامه‌ای کاربرد آن را جهت حل اختلافات بازرگانی

- بین‌المللی توصیه کرده است. این مقررات در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده نیز با اصلاحات و تغییراتی پذیرفته شده است. مقررات مزبور غیر از قانون نمونه داوری آنسیترال است، هر چند که اصول و قواعد پذیرفته شده در آنها مشابه است.
8. F. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, nos 1323 et s. p.734 et s.
۹. ر.ک.: گزارش تحقیق، ص ۳۴.
۱۰. ر.ک.:
- S.A. Baker. M. D. Davis, *Estabishment of an Arbitral Tribunal under the Uncitral Rules*,
- مندرج در مجموعه مقالات راجع به دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده (تکثیر شده از سوی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی)، جلد نهم، ص ۶۴.
11. A. Redfern, M. H. Hunter, *Law and Practice of International Arbitration*, 2e ed., 1551, p.223 et s., F. Fauchard et al., *op. cit.*, nos 762 et s., p.472 et s.
12. A. Redfern, M. H. Hunter, *op.cit.*, p.268-269.
۱۳. ر.ک.: گزارش تحقیق، ص ۴۹ به بعد.
14. W. Laurence Craig, william W. Park, Jan Paulisson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2d ed., 1990, p.66 et s.
۱۵. گزارش تحقیق، ص ۵۱.
16. A. Redfern et al. *op.cit.*, p.276.
۱۷. ر.ک.: سیدحسین صفائی، مجموعه مقالات راجع به حقوق بین‌الملل و داوریهای بین‌المللی (تهران: ۱۳۷۵)، ص ۱۳۳ به بعد.
۱۸. لعیا جنیدی، گزارش تحقیق، ص ۵۶ به بعد.
۱۹. سیدحسین صفائی، تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوریهای بین‌المللی، مجموعه مقالات راجع به حقوق بین‌الملل و داوریهای بین‌المللی، ص ۱۴۰ به بعد.
۲۰. همان، ص ۱۴۳ به بعد.
۲۱. برای توضیح بیشتر ر.ک.: لعیا جنیدی، گزارش تحقیق، ص ۶۳؛ قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی، ص ۲۶۱ به بعد.
22. A. Redfern et al. p.35-36.
۲۳. ر.ک.: لعیا جنیدی، گزارش تحقیق، ص ۷۳ به بعد.

۲۴. در قانون کلمه مرجوعه به جای «ارجاع شده» به کار رفته که از لحاظ ادبی قابل ایراد است.

25. H. M. Holtzmann and J.E Neuhaus, A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, 1986, p.612 et s.

۲۶. سیدحسین صفائی، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ دوم (تهران: ۱۳۵۱)، ص ۶۴.

۲۷. ر.ک.: دکتر افشار، کلیات حقوق تطبیقی، چاپ چهارم (تهران ۱۳۵۵)، ص ۱۵۱ به بعد؛ لعیا

جنیدی، گزارش تحقیق، ص ۹۶ و منابع مذکور در پاورقی شماره ۲۳۰ تحقیق یاد شده.

28. H. M. Holtzmann, *op.cit.*, p.919.

۲۹. برای توضیح بیشتر ر.ک.:

A. Redfern et al., *op.cit.* p.447 et s.