

تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی

دکتر ربیعا اسکنی

مقدمه

هر اندازه که مراجعه به دوری در روابط تجاری داخلی به نسبت مراجعه به دادگستری محدود است، استفاده از دوری در قرارداد های تجاری بین‌المللی یعنی قرارداد های که دارای عنصر خارجی است، مورد توجه بسیار قرار دارد.¹

علت اساسی این امر هرچه باشد – سرعت در رسیدگی، عدم اعتماد طرفین به دادگاه های داخلی یکدیگر، میل «جامعه بین‌المللی خریداران و فروشندگان» به داشتن دادگاه های اختصاصی² – واقعیت این است که امروزه کمتر قرارداد تجاری بین‌المللی پیدا می‌شود که در آن به مراجعه به دوری به‌عنوان تنها وسیله حل و فصل اختلافات میان طرفین اشاره نشده

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

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

باشد.³ بیهوده نیست که علاوه بر اتقاق بازرگانی بین‌المللی که مبادرت به تهیه و تدوین مجموعه‌ای تحت عنوان «مقررات سازش و داوری دیوان داوری اتقاق بازرگانی بین‌المللی»⁴ نموده است، دولتهای مختلف و بویژه سازمانهای بین‌المللی برخاسته از بطن آنها کنوانسیونهای متعددی در قرن اخیر به این تأسیس مهم حقوقی اختصاص داده‌اند.⁵ از مزایای عملی داوری بین‌المللی که بگذریم، یکی از علل استقبال از آن از

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

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

4. مقررات مزبور که از سال 1975 به اجرا درآمده در «مجله حقوقی» شماره 5، بهار 65 با ترجمه فارسی آن به چاپ رسیده است. ولی اخیراً بعضی مواد آن (منجمله ماده 2) تغییراتی کرده است.

5. از آن جمله است: پروتکل راجع به شروط داوری مورخ 20 سپتامبر 1923 امضا شده در ژنو؛ کنوانسیون برای شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی مورخ 10 ژوئن 1958 امضا شده در نیویورک؛ کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر موسوم به «کنوانسیون واشنگتن» که متن این کنوانسیون و ترجمه فارسی آن در «مجله حقوقی» شماره 6، تابستان - پاییز 65 به چاپ رسیده است؛ کنوانسیون اروپائی راجع به داوری تجاری بین‌المللی مورخ 21 آوریل 1941 امضا شده در ژنو؛

و ...

ناحیه بازرگانانی که در سطح بین‌المللی فعالیت می‌کنند، شناسایی این نکته از طرف اغلب نظام‌های حقوقی جهان است که طرفین یک معامله می‌توانند چنانچه اراده کنند از مراجعه به دادگستری - یعنی مرجع اصلی و عمومی تظلمات - عدول کرده، برای حل و فصل اختلافات خویش به داوری اشخاص خصوصی (غیرقاضی) مراجعه نمایند.⁶ به همین سبب مؤلفان حقوق معمولاً اقتدار داور را ناشی از اراده طرفین می‌دانند و او را از این حیث در برابر قاضی قرار می‌دهند که اقتدارش را از دولت متبوع خویش کسب می‌نماید.⁷

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

Leboulanger: op. et loc. cit.

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

تعارض قوانین در ... ❖ 149

این آزادی اراده طرفین گاه می‌تواند تا آنجا پیش برود که حتی داور را از مراجعه به مقررات و قوانین داخلی کشورها برای حل و فصل اختلافات ارجاعی بی‌نیاز کند و به اصطلاح او را مأمور صدور رأی براساس انصاف نماید. این شیوه داورى که در حقوق تطبیقی به «داوری براساس انصاف»⁸ موسوم است، در آن دسته از سیستم‌های حقوقی داخلی که آن را پذیرفته‌اند⁹ غیرممکن نیست،¹⁰ مشروط بر اینکه طرفین در قرارداد خویش صراحتاً چنین اختیاری به داور اعطا کرده

8. arbitrage selon l'équité.

9. از جمله کشورهایی که داورى براساس انصاف را پذیرفته‌اند، علاوه بر ایران - مستبطن از مواد 657 و 658 قانون آئین دادرسی مدنی - می‌توان از سوئیس، هلند، رومانی، یوگسلاوی، کشورهای فرانکسوی زبان افریقائی، لبنان و مالزی نام برد.

10. در یک رأی داورى صادره در پاریس در چارچوب مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی ملاحظه می‌شود: «در داورى بین‌المللی براساس انصاف، جستجوی حقوق ملی حاکم بر ماهیت دعوی برای داور لازم‌الرعیه نیست. بنابراین (در پرونده حاضر) داوران برای اعمال اقتدارشان به‌عنوان داورانی که باید براساس انصاف در دهند. به اجرای «حقوق بازرگانی فراملی» (lex mercatoria) بسنده می‌کنند.» (درخصوص ماهیت «حقوق بازرگانی فراملی» رک. به لندو: «حقوق بازرگانی فراملی در داورى تجاری بین‌المللی»، ترجمه محسن محبی، «مجله حقوقی» شماره 5، بهار 65، ص 5 به بعد).

باشند.¹¹ اما آنجا که داورها مکلفند به موجب قانون تنها براساس حقوق موضوع رأی صادر نمایند.¹² نمی‌توانند تصمیم خود را براساس چیزی جز قانون، رویه قضایی و عرف در حدود قانون - و خلاصه آنچه نظام حقوقی یک کشور را تشکیل می‌دهد، استوار نمایند.¹³ این است که آزادی اراده طرفین نمی‌تواند لزوم مراجعه داور به قوانین داخلی را، اعم از قوانین داخلی به معنی اخص کلمه و یا کنوانسیون‌هایی که از ناحیه کشورها به تصویب رسیده و به عبارتی قانون داخلی

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

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

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

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

تعارض قوانین در ... ❖ 151

این کشورها را تشکیل می‌دهند،¹⁴ منتفی سازد و داور به مناسبت‌های مختلف – از جمله کامل نبودن قرارداد و یا سکوت و ابهام آن در خصوص يك مسئله خاص و یا لزوم رعایت قواعد آمرة كشوري که داوري در آن جریان دارد،¹⁵ و امثال آن – ناچار به در نظر داشتن قوانین داخلی و مجبور به مراجعه به قواعد تعارض قوانین است.

لزوم مراجعه داور بین‌المللی به سیستم تعارض قوانین در حل و فصل امر متنازع‌فیه هنگامی آشکار می‌شود که طرفین اساساً قانون حاکم بر دعوی را معین نکرده باشند و هیچ قرینه‌ای برای تعیین آن در قرارداد وجود نداشته باشد. بدیهی است داور، همچون قاضی، مجبور است به تعیین قانون حاکم بر امر متنازع‌فیه مبادرت نماید. می‌دانیم که در مقام حل

14. مثلاً ماده 9 قانون مدنی ایران مقرر می‌کند: «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است».

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

چنین مشکلی روشهایی که در سیستم‌های حقوقی مختلف به‌منظور جستجو و یافتن قانون صالح دنبال می‌شود، یکسان نیست. داور برای یافتن قانون حاکم بر مسئله‌ای که او را مشغول کرده است، چه عکس‌العملی باید از خود نشان دهد؟ به عبارت روشن‌تر، داور چه سیستم تعارضی را باید مورد مشورت قرار دهد تا به مقصود خویش که یافتن قانون حاکم بر مسئله مورد تنازع است، نائل شود؟ فرض کنیم در یک قرارداد بیع میان یک خریدار برزیلی و یک فروشنده آلمانی بر سر میزان مسئولیت فروشنده به لحاظ عدم انجام تعهدش در تحویل بموقع کالا اختلاف پیش آید در حالیکه قرارداد اشاره‌ای به قانون حاکم بر ماهیت دعوی ندارد، و فرض کنیم قرارداد، در عین عدم پیش‌بینی قانون صالح، متضمن شرطی مبنی بر رجوع اختلافات احتمالی به داوری سوئیس است. خریدار برزیلی مدعی می‌شود که برای تعیین حدود مسئولیت فروشنده آلمانی قانون صالح، قانون برزیل است. برعکس، فروشنده معتقد به مراجعه به حقوق آلمان می‌باشد. حقوق هر دو کشور آلمان و برزیل محل اجرای

قرارداد را ملك تعيين قانون حاكم مي‌دانند، درحاليكه قانون سوئيس قانون صالح را قانون کشور محل اقامت متعهد تعهدي كه نوع و ماهيت قرارداد را معين مي‌كند.¹⁶ و در عقد بيع انتقال مالكيته مبيع است¹⁷ محسوب مي‌دارد. اجراي سيستم تعارض اول منجربه صلاحيت قانون برزيل ميشود با فرض اينكه محل اجراي قرارداد برزيل است، و حال آنكه سيستم تعارض سوئيس - يعني محل داوري - منتهي به تعيين قانون آلمان كه اقامتگاه فروشنده در آنجا واقع است مي‌گردد. داوري كه در سوئيس به قضيه مطروحه رسيدگي مي‌كند، براساس کدام سيستم تعارض، قانون حاكم بر امر متنازع فيه يعني ميزان مسئوليت فروشنده را معين خواهد نمود؟ براساس سيستم تعارض آلمان و برزيل يا برپايه سيستم تعارض سوئيس؟

حتي اگر طرفين دعوي قانون ماهوي حاكم بر قرارداد را معين نموده باشند،

16. Prestation caractéristique.

17. منظور اين است كه مهمترين خصيصة قرارداد بيع، انتقال مالكيته مبيع توسط فروشنده به خريدار است و نه پرداخت ثمن توسط خريدار به فروشنده؛ بنا بر اين قانون محل اقامت فروشنده براي تعيين حدود مسئوليت وي به خاطر عدم تحويل بموقع کالا بايد مورد مشورت قرار گيرد.

بازهم مسئله تعارض قوانین منتفی نخواهد بود، زیرا گاه موضوعاتی نزد داور مطرح می‌شود که حل آنها مراجعه به حقوق بین‌الملل خصوصی را ایجاب می‌نماید. مثال بارز اینگونه موضوعات اهلیت طرفین دعوی است که بویژه در مورد اشخاص حقوقی مانند شرکتهای دولتی، خارج از حوزه عمل قانون قرارداد¹⁸ می‌باشد و بسته به سیستم تعارضی که داور دنبال خواهد کرد، یا تابع قانون دولت متبوع طرفین است – چنانکه مثلاً در مورد حقوق ایران وجود دارد¹⁹ – و یا تابع قانون محل اقامت²⁰ آنان، همانطور که مثلاً در مورد حقوق انگلیس صادق است.²¹

بعلاوه ممکن است قرارداد فقط قانون حاکم بر قسمتی از مسائل منعکس در آن را معین کرده باشد، چنانکه در داوری معروف به «آرامکو» که در ژنو و تحت ریاست

18. Lex contractus.

19. به مواد 6 و 7 و 962 قانون مدنی ایران مراجعه شود.

20. Lex domicilii.

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

پروفسور سوسر هال²² حقوقدان سوئسی صورت گرفت، اتفاق افتاد.²³

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

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

22. Sourser Hall.

23. رأی مورخ 23 اوت 1958 که متن فرانسوی آن در مجله زیر چاپ شده است:

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

حال سؤال این است که داور بین‌المللی، در حل و فصل اختلافات ناشی از معاملات تجاری باید به کدام قانون مراجعه نماید با فرض اینکه قرارداد، به‌عنوان قانون طرفین اختلاف، هیچگونه راه حلی درخصوص مسئله مورد نزاع ارائه نمی‌دهد؟ به عبارت روشن‌تر، پرسش این است که آیا داور باید به قانون ملی یکی از طرفین دعوی مراجعه کند یا به قانون دولت متبوع خودش یا به قانون محلی که داور در آنجا جریان دارد و یا به قانون دیگر (قانونی که از نقطه‌نظر حقوقی رابطه‌ای با قرارداد ندارد)؟

این موضوعی است که در این گفتار بطور مختصر مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. اما پیش از آنکه به اصل مطلب بپردازیم، ذکر دو نکته اساسی ضروری به نظر می‌رسد:

اول آنکه در اینجا هدف این نیست که سیستمهای مختلف تعارض قوانین کشورها را به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار دهیم. به عبارت دیگر، نمی‌خواهیم ببینیم که فرضاً به‌موجب قواعد تعارض فرانس، داور کدام قانون را انتخاب می‌کند و به‌موجب

قواعد تعارض ایران یا آلمان کدام قانون را چنین کوششی در حوصله این مقال نیست. در واقع، مقصود این است که ببینیم وقتی داوری تجاری جنبه بین‌المللی دارد – یعنی وقتی که داوری ناشی از روابط بین‌المللی تجار است –²⁴ داور در مقابل تعارض میان قوانین مختلفی که قابلیت اعمال بر موضوع مختلف فیه دارند، کدام قانون را انتخاب و اعمال می‌نماید.

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

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

در عمل مشاهده می‌شود و آنطور که در عمل باید باشد.

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

بخش 1

قانون داوري

امرداوري، چون هر شيوة دادرسى ديگرى، داراي دو جذبة متفاوت تشرىفاتي و ماهوي است كه هريك تحت حكومت قانون بخصوصى ميباشد. در اين بخش ابتدا قانون حاكم بر تشرىفات يا به عبارت آئين داوري را مطالعه ميكنيم، سپس به تعيين قانون حاكم بر ماهيت داوري خواهيم پرداخت.

مبحث اول

قانون حاكم بر آئين داوري

مشكل تعارض قوانين براي قاضي تنها در مورد تعيين قانون حاكم بر ماهيت دعوي مطرح مي شود و نه در خصوص تعيين قانون حاكم بر آئين دادرسي. جز در موارد بسيار استثنائي، قاضي هنگامي كه يك دعوي بين المللي به او ارجاع مي شود،

قانون آئین دادرسی کشور متبوع خود را برای حل مشکل مطروحه اعمال می‌کند. این قاعده که امروزه در سراسر جهان مورد عمل قرار می‌گیرد، چون براساس اصل استقلال و حاکمیت ملی کشورها استوار می‌باشد مورد اعتراض هیچ سیستم حقوقی داخلی قرار نگرفته است.

تنها مشکل این است که آیا موضوع مورد اختلاف جنبه ماهوی دارد، که در این صورت قاضی در مقام حل آن باید به قانون ماهوی حاکم بر قرارداد مراجعه کند، و یا دارای جنبه شکلی است، که در این حالت باید قانون شکلی حاکم را که قانون خود اوست در مورد آن اجرا نماید؟ مثلاً در پاره‌ای کشورها – مانند فرانسه – اثبات دعوی – بوسیله شهادت شهود علی‌القاعده تنها در آن دسته از دعاوی که خواسته خواهان از مبلغ معینی تجاوز نمی‌کند، امکان پذیر است،²⁵ در حالیکه

25. به موجب ماده 1306 سابق قانون مدنی ایران نیز عقود و ایقاعات و تعهداتی که موضوع آنها عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال بود تنها با شهادت شهود قابل اثبات نبود. این ماده به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب 1361/12/2 لغو گردید. در حال حاضر، شهادت شهود در کلیه دعاوی حتی آنها که ارزش خواسته‌شان بیش از پانصد ریال است می‌تواند – علی‌الاصول – به‌عنوان دلیل مثبت دعوی، مورد

در بعضی کشورها - از جمله ایران - اثبات ادعا بوسیله شهادت شهود بستگی به میزان خواسته ندارد و اصولاً در همه حال قابل قبول است. حال فرض کنیم قاضی ایرانی در مقابل دعوائی قرار گیرد که در آن، قانون فرانسه به عنوان قانون قرارداد معین شده باشد. قاضی مزبور کدامیک از قوانین ایران یا فرانسه را باید مدنظر قرار دهد تا بتواند شهادت شهود را بدون توجه به میزان خواسته به عنوان دلیل اثبات دعوی بپذیرد؟

هرگاه اثبات دعوی از طریق شهادت قاعده ای شکلی تلقی شود، قاضی ایرانی که طبق یک قاعده کلی جهانی - که بیان شد - قانون خود را بر مسائل شکلی اعمال می کند مکلف به در نظر گرفتن شهادت شهود به عنوان دلیل اثبات دعوی خواهد بود بدون اینکه به میزان خواسته توجهی داشته باشد. برعکس، اگر قاعده مزبور واجد جنبه ماهوی تلقی شود، قاضی ایرانی باید قانون کشور فرانسه یعنی قانون

قبول قرار گیرد. (درخصوص دلایل حذف ماده مورد بحث و کلاً محتوای قانون جدید، رک. به دکتر سید حسین عنایت: «بررسی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب 1361/12/2، فصلنامه حق» دفتر یکم، فروردین - خرداد 64، ص 7).

قرارداد را اجرا نماید. در حالت اخیر، قاضی ایرانی تنها در صورتی می‌تواند شهادت شهود را به‌عنوان دلیل مثبت دعوی بپذیرد که میزان خواسته از مبلغی که قانون فرانسه به‌عنوان حداکثر معین نموده است تجاوز ننماید.

اما موقعیت داور کاملاً متفاوت است، زیرا مشکل تعارض قوانین و تعیین قانون صالح می‌تواند حتی درخصوص مسائلی را که در حوزه امور شکلی قرار دارد، مطرح شود. در واقع، این نکته مورد قبول عموم مؤلفان حقوق است که داور، برخلاف قاضی، به نام هیچ دولتی رأی صادر نمی‌کند. بعلاوه از آنجا که داور اساساً فاقد «محل دادرسی»²⁶ به معنی حقوقی کلمه است، و مکانی که در آن به اختلاف مطروحه رسیدگی می‌کند صرفاً از لحاظ جغرافیائی قابل اطمینان نظر می‌باشد، لذا «قانون محل دادرسی»²⁷ نیز ندارد. روی این اصل، برخلاف قاضی، داور در تعیین قانون حاکم بر تشریفات داور الزاماً به قانون محل داور رجوع نمی‌کند. اما اگر داور لزوماً

26. for.

27. Lex fori.

مكلف به رعایت قانون محل داوری نیست، پس چه قانونی را باید مراعات نماید؟ در خصوص این مطلب سه نظریه متفاوت وجود دارد که هرکدام در میان حقوقدانان و دست اندرکاران داوری بین‌المللی طرفدارانی دارد. در این میان، عده‌ای طرفدار اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عمومی بر داوری‌اند، بعضی قانون محل داوری را صالح قلمداد می‌کنند و پاره‌ای نیز باتوجه به اصل استقلال اراده، طرفدار قانون قرارداد یعنی قانونی هستند که طرفین برای قرارداد اصلی انتخاب نموده‌اند.

الف. صلاحیت حقوق بین‌الملل عمومی

این نظر که در صورت عدم انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین، آئین داوری تابع مقررات حقوق بین‌الملل عمومی است، نظریه‌ای مختص داوری تجاری بین‌المللی نیست. بلکه قبلاً نیز در حقوق بین‌الملل خصوصی در مورد قراردادها بطورکلی مطرح گردیده و موضوع بحث فراوان قرار گرفته است.²⁸

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

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

بعضی از داوران تصور کرده‌اند که در چنین صورتی داور را باید تابع حقوق طبیعی²⁹ دانست. این نظری است که یک داور انگلیسی به نام "Lord Asquith of Bishopstone" ضمن رأی که در قضیه میان شرکت "Petroleum Development" و شیخ ابوظبی صادر کرده، ابراز داشته است. داور مزبور در رأی مورخ 28 اوت 1951 خود به «اصولی که ریشه در عقل سلیم و طرز عمل مشترک کلیه ملل متمدن دارد و در واقع نوعی حقوق طبیعی مدرن به شمار می‌آید» استناد می‌کند.³⁰ دادگاه کانتون «وود»³¹ در سوئیس نیز در صدور رأی مورخ 24 نوامبر 1948 همین نظر را اتخاذ کرده است.³² داور سوئیس در رأی

29. droit naturel.

30. رأی مورد بحث در مجله زیر چاپ شده است:
Int. Comp. Law quarterly, 1959, p. 247.

31. Vaud.

32. متن رأی را در نشریه زیر می‌توان یافت:
Journal des Tribunaux suisse, 1949, III, p.112.

خود چنین اعلام می‌کند که: «از نظر قانون فرقی نمی‌کند که استدلال حقوقی داور بر اساس حقوق ملی یک کشور باشد و یا بر اساس حقوق محض».³³ این نظریه چندان طرفداری ندارد و مورد مخالفت شدید بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است که آن را خالی از محتوای مطمئن دانسته، بنا کردن دآوری را برپایه آن دور از احتیاط می‌دانند.³⁴

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

«[این] دآوری بنا به طبیعتش فقط

می‌تواند تحت لوای حقوق بین‌الملل

33. Droit pur.

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

عمومي قرار گيرد، زيرا طرفين چنين اراده کرده‌اند که داوري تابع قانون عربستان سعودي نباشد. از طرفين هيچ دليلي بر اجراي حقوق امريکائي طرف ديگر دعوي وجود ندارد، زيرا نه تنها محل داوري در ايالات متحده نيست بلکه اصل تساوي کامل طرفين در مقابل داوران بايد مراعات گردد».

بدین ترتیب داور با حذف حقوق داخلي دو کشور عربستان سعودي و امريکا مستقيماً حقوق بين‌الملل عمومي و نه حقوق داخلي کشوري ديگر را حاکم بر داوري مطروحه معرفي مي‌کند. در واقع، دادگاه داوري علاوه بر حقوق عربستان سعودي و ايالات متحده امريکا به اين سؤال که آیا حقوق کشور سوئيس - يعني محل داوري - صالح است يا خير، پاسخ منفي مي‌دهد. استدلال دادگاه داوري بر اين پایه قرار داشت:

«عربستان سعودي که يك کشور داراي حاکميت است، با قبول داوري در سوئيس به هيچوجه از مصونيت قضائي خویش دست برنداشته و اين مصونيت مانع از آن

است که بتوان حقوق کشور سوئیس را حاکم بر داوران دانست؛ مهم نیست که یکی از طرفین یک دولت و طرف دیگر یک شرکت خصوصی باشد. درخصوص موضوع، حقوق بین‌الملل عمومی قابل اعمال خواهد بود».

با وجود انتقادات شدید پاره‌ای حقوقدانان از این رأی³⁵ و اعتقاد آنان به اینکه چنین حکمی نمی‌تواند سابقه‌ای جدی برای داوران میان دولتها و اشخاص خصوصی بوجود آورد،³⁶ نظریه منعکس در رأی فوق‌بعدها به نحو چشمگیری در پرونده میان شرکتهای "Texaco - Calasitatic" و دولت لیبی مورد تأیید قرار گرفت.³⁷ در پرونده اخیر به لحاظ آنکه طرفین نخواسته یا نتوانسته بودند قانون حاکم بر داوران را معین کنند، این داور رسیدگی کننده بود

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

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

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

که می‌بایست قانون حاکم بر داوری را معین کنند، این داور رسیدگی کننده بود که می‌بایست قانون مزبور را بیابد. از طرفی ماده 28 قرارداد فیما بین مقرر کرده بود که داور (واحد)، محل داوری را نیز خود معین خواهد نمود.

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

طرفین بر این بوده است که داوری مطابق حقوق بین‌الملل عمومی صورت پذیرد.

نظریه ابراز شده در آرائی که مطالعه کردیم که بر پایه محکمی استوار نمی‌باشد: اولاً معلوم نیست چگونه مقررات حقوق بین‌الملل عمومی که عمدتاً اختصاص به اختلافات میان دولت‌ها در رابطه با اعمال حاکمیت آنان دارد، می‌تواند بر اشخاص خصوصی - از جمله شرکتهای خارجی - حکومت کند؛ ثانیاً بر فرض بتوان پذیرفت - چنانکه پاره‌ای علمای حقوق پذیرفته‌اند - که طرفین یک قرارداد خصوصی می‌توانند قرارداد خود را تحت لوای حقوق بین‌الملل عمومی قرار دهند - چیزی که بنا بر اصل جهانی حاکمیت اراده نمی‌توان از طرفین دریغ نمود - معلوم نیست حقوق بین‌الملل عمومی، لا اقل در شرایط فعلی، چه قواعد شکلی برای آئین داوری تجاری بین‌المللی دارد. مثلاً برای بررسی اعتبار شرط داوری و یا تکمیل و رفع نواقص آن، که گاه غیرقابل اجتناب است، چه قواعدی در حقوق بین‌الملل عمومی می‌توان پیدا کرد که پاسخگویی حل این مشکلات باشد؟ برای پاسخ به این اعتراض کافی نیست - همچون

پاره‌ای مؤلفان حقوق³⁸ – خواننده را تنها به «اصول کلی حقوق و بویژه اصول کلی آئین دادرسی و داوری» احاله دهیم؛ چراکه اغلب این اصول داخل در حوزه حقوق فطری می‌باشند و حقوق فطری نیز همانطور که گفتیم پایه و اساس مطمئنی برای داوری تجاری بین‌المللی نمی‌تواند داشته باشد. این استدلال نیز که مصونیت قضائی دولت – در قراردادد هائی که يك طرف آن يك دولت و يك سازمان دولتي است – مانع از آن اس که داوری را تابع حقوق داخلی يك کشور بخصوص محسوب نمائیم، قانع کننده نیست.

در حقیقت، امروزه تقریباً در تمام کشورها رویه قضائی بر این عقیده استوار است که وقتی دولتی به قبول داوری به‌عنوان تنها وسیله حل و فصل اختلافات خود با طرف قرارداد تن می‌دهد، بطور ضمنی از استفاده از مصونیت قضائی خود صرفنظر می‌نماید، بویژه در قراردادد هائی که موضوع آنها بر محور فعالیت‌های تجاری دور می‌زند.³⁹ به همین جهت اجرائی

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

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

احتمالی قانون محل داورى بر تشریفات داورى به هیچ وجه نمی‌تواند ارتباطی به مصونیت قضائی دولت طرف قرارداد داشته باشد.⁴⁰

ب - صلاحیت قانون محل داورى

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

اینگونه قوانین، قانون حاکم بر تشریفات داورى را یا قانون کشوری می‌دانند که داورى در آن جریان دارد، و یا قانون کشوری که رأی داورى در آن صادر می‌شود. از آن جمله است دو قانون مورخ 13 ژوئن 1929 سوئد که یکی راجع به تشریفات داورى در مورد داورى داخلی و دیگری مربوط به شناسائی آرای داورى

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

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

خارجي مي‌باشد. به‌موجب اين قوانين هرگاه داوري در سوئد برگزار شود، جذبه داخلي دارد، و هرگاه خارج از اين کشور واقع گردد، خارجي است.⁴¹ ماده 37 قانون داوري بریتانیا مورخ 1955⁴² نیز شناسائي پاره‌اي از آراي خارجي را موکول به اين مي‌داند که آراي مزبور از نظر قانون محل صدور رأي قطعي شناخته شده باشند. اينچنين قوانيني البته نه تنها درکشوري که لازم‌الاجرا هستند بايد مورد عمل قرار گیرند، بلکه لازم است تا حدودي در کشورهاي ديگر نیز مدنظر باشند.⁴³

41. در انتقاد از اين شيوة تقسيم‌بندي آراي داوري به داخلي و خارجي رك. ب:

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

42. British Arbitration Act of 1955.

43. به‌عنوان مثال، اگر کشور «الف» تنها آرائي را داخلي بداند که در قلمرو سياسي اين کشور صادر مي‌شوند، قاضي کشور ديگر نمي‌تواند رأيي را که خارج از کشور «الف» صادر شده متعلق به اين کشور بداند و يا رأيي را که در کشور مزبور صادر شده است تابع قانون کشور ديگري قلمداد نمايد. مهم نيست که ارادة طرفين بر حکومت قانون ديگري جز قانون «الف» استوار باشد و يا قاضي رسيدگي کننده معتقد به اصل استقلال اراده و آزادي طرفين دعوي در انتخاب قانون حاکم بر داوري، بدون در نظر گرفتن محل داوري، باشد يا خير، قانون کشور «الف» تنها آرائي را داخلي مي‌داند که در سرزمين اين کشور صادر گرديده‌اند. داوري که رأيش به‌نحوي با قانون اين کشور ارتباط مؤثر پيدا مي‌کند ناچار است رعايت مقررات

173 ❖ تعارض قوانين در ...

علاوه بر قوانین داخلی، بعضی ابزارهای حقوقی بین‌المللی نظیر پروتکل ژنو مورخ 1923 - لاقبل به طور فرعی⁴⁴ - و نیز قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل متخذه در آمستردام در سال 1957 قانون محل داور را صالح و حاکم بر آئین داور اعلام نموده‌اند.

پاره‌ای از آرای داور مهم نیز براساس همین نظریه صادر گردیده‌اند از آن جمله است رأی صادره در اختلاف میان شرکت "BP Exploration" و دولت جمهوری لیبی⁴⁵ داور پرونده آقای لاگرگن،⁴⁶ صلاحیت قانون محل داور را اینطور توجیه می‌کند:

«کشورهای مختلف، برحسب مورد، حق کنترلی را برای خود بر آرای داور قائل‌اند. در این پرونده طرفین حین انعقاد قرارداد داور قصد این داشته‌اند که داور رأی صادر کند که در مرحله کنترل توسط قضات مؤثر باشد

قانون مزبور را بنماید، و الا رأی مؤثر صادر نکرده است.

44. درخصوص پروتکل 1923 ژنو بعداً بیشتر صحبت خواهیم کرد.

45. متن این رأی که در دهم اکتبر 1973 در کپنهاگ صادر گردیده در مجله زیر چاپ شده است: Revue de l'arbitrage 1980, 117 et s.

46. Lagergen.

و مواجهه با اشکال نشود. ضرورت صدور آرای مؤثر ایجاب می‌کند که داور از صدور رأی «فاقد تابعیت»⁴⁷ و صرفاً مبتنی بر حقوق بین‌الملل عمومی خودداری ورزد و قانون محلی برای آئین داور حاکم کند که داور در آن جریان دارد».

نتیجتاً داور مزبور چنین تصمیم می‌گیرد که در پرونده مطروحه قانون حاکم و قابل اعمال بر تشریفات داور، قانون دانمارک، محل برگزاري داور است. آقای **کاوان**⁴⁸ داور پرونده شرکت «سافیر» به طرفیت شرکت ملی نفت ایران⁴⁹ و آقای **ویپتون**⁵⁰ داور پرونده «آلسینگ»⁵¹ نیز همین اعتقاد را ابراز داشته اند. آقای **کاوان** در عقیده خود تا آنجا پیش می‌رود که می‌گوید حتی اگر طرفین محل داور را انتخاب نکرده باشند باز هم

47. Anationale.

48. Cavin.

49. در خصوص پرونده سافیر (Sapphire) رک. به :

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

50. Python.

51. در خصوص این پرونده رک. به :

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

آئین داورى تابع قانون محلي است که داورى در آنجا برگزار مى‌شود.⁵² اما اجراي اين نظريه در عمل چندان هم مى‌سر نيست. اولاً هرگاه محل داورى صراحتاً معين نشده باشد، تعيين محل داورى و اجراي قانون آن بر داورى هميشه ممکن نخواهد بود؛ ثانياً ممکن است قرارداد مقرر کرده باشد که داورى در محلهاي متعدد صورت گيرد، بنابراين کداميك از محلهائي که داورى در آن جريان خواهد يافت محل داورى محسوب مى‌شود تا بتوان قانون آن را حاکم بر تشریفات داورى قلمداد نمود؟ بعلاوه در پاره‌اي موارد، داورى از طريق مکاتبه میان داوران و طرفین انجام مى‌پذیرد؛ به عبارت دیگر، داورى اصلاً فاقد محل برگزاری است. گاهی نیز انتخاب محل

52. استدلال داور این است که «در این پرونده، طرفین توافق کرده‌اند که هرگاه برای تعیین محل داورى میان آنان توافق حاصل نشود، داور در انتخاب محل داورى آزاد خواهد بود. بدین ترتیب طرفین با قبول قبلى محلي که داور به نمایندگی از طرف آنان انتخاب خواهد کرد، پذیرفته‌اند که به مقررات قانون داورى که از انتخاب این داور ناشى مى‌شود گردن نهند. حتی اگر این تفسیر اراده طرفین قابل قبول نباشد، قاعده این است که در صورت عدم توافق طرفین، داورى تحت حاکمیت قضائى کشورى خواهد بود که تشریفات داورى در آنجا جريان دارد».

داوري بوسيله طرفين كاملاً تصادفي است و يا صرفاً براي سهولت در رفت و آمد و تماس طرفين و داوران صورت مي‌گيرد و هيچ ارتباط حقوقي با موضوع داوري ندارد، مثل موردی که در اختلاف ميان يك شرکت ايراني و يك شرکت چيني، داوري در استکھلم انجام مي‌گيرد که از هيچ حيث ازتباط موضوعي با قرارداد طرفين ندارد. در اين فرض، معلوم نيست چه چيزي مي‌تواند ما را متقاعد کند که انتخاب استکھلم به عنوان محل داوري الزماً اجرائي قوانين شکلي سوئد را ايجاب مي‌نمايد. از اين ايرادات گذشته، عيب اساسي نظر اخير اين است که داوري بين‌المللي را ردیف دادرسي به معني داخلي و دولتي آن قرار مي‌دهد، و حال آنکه داوري قبل از هرچيز ارادة طرفين و منشأ آن قرارداد فيما بين آنها است.

اين است که اجرائي قانون محل داوري مجاز نيست مگر پس از مراجعه به ارادة طرفين، در واقع، همانطور که يکي از علماي حقوق گفته است:

«دادگاههاي داوري دادگاههاي شبه دولتي نيستند. صلاحيت اين دادگاهها

بر اساس توافق میان طرفین استوار است. «قانون محل دادرسی»⁵³ در مورد آنها چیزی جز قرارداد طرفین نیست. محل داور نباید برای تعیین قانون حاکم بر داور نقشی بازی کند مگر به صورت فرعی و آن هم مشروط بر اینکه مراجعه به این قانون عاقلانه‌ترین راه حل مشکل موجود میان طرفین باشد».⁵⁴

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

ج. صلاحیت قانون قرارداد

پاره‌ای از مؤلفان حقوق معتقدند که قانون حاکم بر تشریفات داور قانونی

53. Lex fori.

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

است که طرفین انتخاب کرده‌اند. توضیح این نظر این است که اولاً طرفین حق دارند به میل خود قانون حاکم بر آئین داوری را تعیین نمایند، قانونی که می‌تواند غیر از قانون محل داوری باشد؛ ثانیاً داوران نمی‌توانند جز قانون منتخب طرفین را بر داوری اعمال نمایند؛ در غیر این صورت، برخلاف اراده صریح آنها گام برداشته و از اختیار اعطا شده به آنان خارج شده‌اند.⁵⁵ چه، با انتخاب قانون بخصوصی به‌عنوان قانون حاکم بر داوری، طرفین خواسته‌اند رأی داوری تابع قانون مزبور باشد؛ مهم نیست که محل صدور رأی کجا است و یا اصلاً قانون انتخاب شده، یک قانون بین‌المللی است یا خیر.

پروتکل ژنو مورخ 24 سپتامبر 1923 راجع به شرط داوری (بند 1 ماده 2)،⁵⁶

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

56. پروتکل 1923 ژنو دارای موضوع محدودی است. هدف از تهیه و تدوین آن این بوده که اعتبار شروط داوری را از قراردادهای تجاری بین‌المللی به دولتها بقبولاند. نحوه دخالت دادگاههای قضائی داخلی در تشریفات داوری و نحوه اجرای رأی داوری، انحصاراً در صلاحیت دادگاهی است که مورد مراجعه قرار می‌گیرد. از زمان تصویب، پروتکل 1923 موفقیت فراوانی به دست آورده و بسیاری از کشورهای

کنوانسیون نیویورک مورخ 10 ژوئن 1958 برای شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (بند 1 «الف» از ماده 5)،⁵⁷ کنوانسیون اروپائی مورخ 21 آوریل 1961 راجع به داوری تجاری بین‌المللی (ماده 9 راجع به موارد بطلان رأی داوری)⁵⁸ و بالاخره کنوانسیون مورخ 18 مه 1965 راجع به حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولتها و تابعان دولتهای دیگر تدوین شده در «بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه»⁵⁹ (B.I.R.D) همگی به این نظر که قانون حاکم بر تشریفات داوری، قانون انتخابی طرفین است مهر تأیید گذارده‌اند.

اروپائی، آسیائی و امریکائی به آن پیوسته‌اند. ایران به این پروتکل ملحق نشده است.
57. درخصوص این کنوانسیون رک. به:

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

58. درخصوص این کنوانسیون رک. به تفسیرهای زیر:
Benjamin: *Yearbook of International Law*, 1961, P. 478-495; Klein: *Rev. crit. dr. int. Privé*, 1962, p.663.

59. این کنوانسیون که به کنوانسیون واشنگتن نیز معروف است همراه با توضیح در «مجله حقوقی» شماره 6، بخش اسناد بین‌المللی، صفحه 261 به بعد به چاپ رسیده است. نیز در مورد کنوانسیون مزبور رک. به:

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

این نظریه در بین داوران بین‌المللی نیز طرفداران زیادی دارد و می‌توان گفت که در عمل بیشترین آرای داوران را به خود اختصاص داده است، تا آنجا که می‌توان تأیید کرد که در حال حاضر «در مورد آئین و قواعد شکلی داوران جنبش نیرومندی در جهت غیرمحملی کردن»⁶⁰ مقررات حاکم بر داوران ابراز وجود می‌کند تا قواعد مزبور را از حیطة اقتدار حقوق‌های داخلی برهاند».⁶¹ از جمله آرائی که در آنها این نظر اعمال شده رأی شماره 2521 دادگاه داوران اتاق بازرگانی بین‌المللی صادره از ژنو است. در این رأی داور رسیدگی‌کننده با وجود آنکه محل داوران در ژنو واقع بود، براساس اراده طرفین دعوی - یک سازمان دولتی افریقائی و یک شرکت ساختمانی فرانسوی - قانون داوران کشور افریقائی طرف معامله را به مرحله اجرا درآورد.⁶² داور دیگری به نام

60. Délocalisation.

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

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

"Mahmassani" ضمن رأي مورخ 12 آوريل 1977 خود در پرونده ميان شركت «ليامكو»⁶³ و دولت ليبي، اصل استقلال ارادة طرفين در انتخاب قانون حاكم بر آئين داوري را مورد تأكيد قرار داده است.⁶⁴

از آنجا كه اين نظريه با طبيعت قراردادي داوري بين المللي انطباق دارد، بايد مورد تأييد قرار گيرد. اما هرگاه اراده شان را - چه بطور آشكار و چه به صورت ضمنی - بر تعيين قانون حاكم بر تشریفات داوري اعلام نكرده باشند، کدام قانون را بايد بر داوري اعمال نمود؟
كنوانسيونهاي كه در بالا از آنها ياد كرديم همگي در چنين فرضي قانون محل داوري را حاكم بر تشریفات داوري معرفي کرده اند⁶⁵ جز در مورد كنوانسيون واشنگتن

63. Liamco: Libyan - American Oil Company.

64. براي مطالعه رأي داوري مزبور كه در ژنو صادر شده رك. به نشریات زیر:

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

65. پروتكل ژنو مورخ 24 سپتامبر 1923، در بند 1 از ماده 2 خود چنين مقرر مي دارد: «تشریفات داوري، منجمله تشكيل دادگاه داوري، تابع ارادة طرفين و قانون كشوري است كه داوري در آنجا جريان دارد».

این ماده در سالهاي نخست تصويب پروتكل، موجب اختلاف نظر در ميان علمای حقوق شده بود. عده اي عقیده داشتند كه داور در انتخاب قانون حاكم بر تشریفات داوري بايد به موجب ماده مورد بحث، هم ارادة طرفين و هم قانون محل

که اشاره ای به قانون محل داوری یا قانون دیگری جز قانون انتخاب شده طرفین نمی‌کند.⁶⁶ علاوه بر این، مؤلفان بسیاری نیز از این عقیده استقبال کرده‌اند.⁶⁷

پاره‌ای از آرای داوری نیز همین نظر را منعکس نموده‌اند. علاوه بر رأی صادره در اختلاف میان «لیامکو» و دولت لیبی – که قبلاً به آن اشاره کردیم – رأی مورخ 3 نوامبر 1977 صادره توسط داوران منتخب در چارچوب مقررات اتاق بازرگانی

داوری را در نظر بگیرد. برعکس، عده‌ای دیگر معتقد به رجحان اراده طرفین بر مقررات قانون محل داوری بودند. اکثریت مؤلفان و داوران این عقیده دوم را دنبال می‌کردند و دخالت قانون محل داوری را جز در موردی که طرفین اراده‌شان را ابراز نموده‌اند، غیرقابل قبول می‌دانستند، آرای متعددی نیز در این باب صادر گردیده است. برای مطالعه این آراء رک. به:

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

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

67. Panchaud: “Le siège de l’arbitrage international de droit privé Rev. arb. 1966, 9; Fragistas: op. et. loc. cit.; Klein: “Autonomic de la volonté et arbitrage”, Rev. crit. 1958, 276.; Mezger: “La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l’autonomic de la volonté en matière d’arbitrage commercial international de droit privé”, Mel Maury, 1960, t. 1, 273.

تعارض قوانین در ... ❖ 183

بین‌المللی بطور صریح این عقیده را تأیید نموده است.⁶⁸

در پرونده اخیر محل داوری پاریس معین شده است، ولی طرفین قانون حاکم بر تشریفات داوری را انتخاب نکرده بودند. دادگاه داوری چنین استدلال می‌کند:

«در صورت عدم توافق طرفین، تشریفات داوری مطابق قانون کشوری برگزار می‌شود که داوری در آنجا جریان دارد. باتوجه به اینکه داوری در پاریس برگزار می‌شود این قواعد آئین داوری فرانسه که باید برای حل تمام نکات پیش‌بینی نشده در قرارداد اصلی و قرارداد داوری مورد استفاده و استناد قرار گیرد».

پاره‌ای از علمای حقوق پا را از این نیز فراتر گذاشته و معتقد به آزادی داور – و نه فقط طرفین – در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری هستند. این آزادی به داور اجازه خواهد داد حتی قوانین داخلی را رها کند و تشریفات داوری را مطابق مقررات حقوق بین‌الملل

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

خصوصي يا مطابق اصول كلي حقوق⁶⁹ و يا حقوق بازرگاني فراملي به انجام رسانند. **پروفسور داوید** استاد فرانسوي اتخاذ اين نظر را موجب حل بسياري از مشكلات ناشي از مراجعة الزامي به يك سيستم حقوقي داخلي مي‌داند. اين مؤلف مي‌گويد:

«اگر اين نکته را بپذيريم که در داوري‌هاي بين‌المللي، آئين داوري تابع قرارداد طرفين است و در صورت عدم صراحت قرارداد، تشریفات به نحوي برگزار مي‌شود که داور صلاح مي‌داند، خود را از قيد بسياري از دشواري‌ها خلاص خواهيم کرد».⁷⁰

واقعيت اين است که جمع کثيري از حقوقدانان بر اين عقیده پاي‌بند نيستند، ولي در عمل عده‌اي از داوران آراي خود برپايه آن استوار نموده‌اند. از آن جمله است رأي صادره از ناحیه آقای **کاون** در پرونده شرکت کا نادائي «سافير» عليه

69. درخصوص مفهوم اصول كلي حقوق و اهميت آن در داوري تجاري بين‌المللي رك. به دكتور ربيعا اسکيني: «منابع حقوقي بيع تجاري بين‌المللي»، «مجله حقوقي»، شماره 7، ص 6 به بعد.

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

شرکت ملی نفت ایران که قبلاً به آن اشاره کردیم. داور در رأی خود چنین ابراز عقیده می‌کند:

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

بدین ترتیب، داور یاد شده به جای قانون محل داوری – یعنی قانون کانتون «دوود» – قانون داوری دولت فدرال سوئیس را به مرحله اجرا درمی‌آورد. بی‌تردید این نظر که داور باید در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری آزاد گذاشته شود، می‌بایست مورد تأیید قرار گیرد؛ ولی از این آزادی نباید اینگونه مستفاد شود که داور قادر است در صورت عدم صراحت قرارداد طرفین در این خصوص، خود سرانه هر قانونی را انتخاب نماید بدون اینکه ملاکهای احتمالاً موجود در قرارداد مزبور را در نظر گرفته باشد. مسلماً رأی که داور طی آن قانونی را

بر آئین داوری اعمال کرده است که خود میل دارد، در هیچ کشوری مورد قبول نخواهد بود. داور مکلف است تصمیم خود را مستدلاً،⁷¹ باتوجه به ملاکهای موجود در قرارداد و بویژه باتوجه به اشاره قرارداد به کشوری که داوری در آن جریان خواهد یافت یا اشاره آن به صلاحیت یک مؤسسه داوری – مانند انجمن داوری امریکا – ملاکهای دیگر چون زبان قرارداد، پول قرارداد، محل اجرای قرارداد و غیره اتخاذ نماید. به علاوه داور نمیتواند مقررات آمرانه کشوری را که داوری در آن جریان دارد نادیده بگیرد، حتی زمانی که تشریفات داوری را به موجب اراده طرفین برطبق قانون کشوری غیر از کشور محل داوری برگزار میکند و بالاخره توجه داور باید به این نکته اساسی معطوف باشد که تنها در صورتی میتواند رأی معتبر و مؤثری صادر کند که مقررات دارای جذبه نظم عمومی کشوری را

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

که رأی در آنجا اجرا خواهد شد، مراعات نماید، و الا قاضی کشوری که اجرای رأی داور از او تقاضا می‌شود محق خواهد بود به لحاظ مخالفت رأی مزبور با نظم عمومی از اجرای آن خودداری کند.

این نکته‌ای است که اکثر مؤلفان به آن اذعان دارند: در داوریه‌های بین‌المللی، قانون داور⁷² باید قانونی باشد که طرفین انتخاب کرده‌اند. در صورت عدم صراحت قرارداد، داور می‌تواند قانونی را انتخاب کند که جهت حل مشکل موجود به نظر او عادلانه و مناسب است منظور از قانون مناسب قانونی است که مخالف نظم عمومی کشور محل داوریه و بویژه نظم عمومی کشوری که رأی در آنجا اجرا خواهد شد، نباشد؛ مهم نیست که در این مورد داور یک قانون ملی را اعمال نماید یا یک قانون و قاعده فراملی، مانند موردی که داور برای حل یک مسئله «شکلی»، به «اصول کلی حقوق شکلی» رجوع می‌کند.⁷³

72. lex arbitri.

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

مبحث دوم قانون حاکم بر ماهیت داوری

در هر يك از سيستم‌هاي حقوقی داخلی مقرراتی بیش و کم منظم راجع به داوری موجود است که به صورت مستقل و یا به صورت جزئی از يك مجموعه قانون تدوین گردیده است. مثلاً در ایران و فرانسه مواد مربوط به داوری، بخشی از قانون آئین دادرسی مدنی را تشکیل می‌دهند، در حالی‌که در انگلستان و سوئیس قانون بخصوصی برای داوری اختصاص داده شده است.⁷⁴

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

74. در ایران مقررات مربوط به داوری در مواد 632 تا 680 قانون آئین دادرسی مدنی و در فرانسه تا قبل از تصویب قانون 12 مه 1981 در مواد 1003 تا 1028 قانون آئین دادرسی مدنی و در حال حاضر در مواد 1422 به بعد قانون اخیر منعکس است؛ در آلمان مواد 1025 تا 1047 قانون آئین دادرسی مدنی به این تأسیس حقوقی اختصاص یافته است؛ در انگلستان قانون پایه قانون داوری سال 1955 است که در سال 1979 اصلاح گردیده است؛ در سوئیس داوری تحت لوای قانون موسوم به “concordat international” است که در سال 1969 تصویب شده ولی مورد پیروی همه کانتونهای این کشور نیست، مثلاً در زوریخ داوری تابع مقررات قانون آئین دادرسی کانتون اخیر است.

تعارض قوانین در ... ❖ 189

این قوانین که جنبه‌های مختلف قرارداد داور را تنظیم می‌کنند، در همه زمین‌ها یکسان نیستند و در مقابل سؤالاتی که نزد داور بین‌المللی مطرح می‌شود پاسخهای متفاوتی ارائه می‌دهند. به همین دلیل لازم است در هر مورد معلوم شود هر یک از جنبه‌های داور بین‌المللی تحت حکومت چه قانونی قرار دارد.

اما مهم‌ترین مسئله‌ای که در رابطه با ماهیت داور مطرح می‌شود مسئله اعتبار و نفوذ خود قرارداد ضروری است که باید مانند هر قرارداد دیگری شرایط اساسی صحت معاملات را داشته باشد. این شرط که قانون مدنی ایران آنها را در ماده 190 خود آورده است، عبارتند از: قصد طرفین و رضای آنها، اهلیت طرفین، موضوع معینی که مورد معامله باشد و مشروعیت جهت معامله. به شرایط مزبور می‌توان - بنابر مستفاد از مواد 10 و 975 قانونی مدنی - عدم مخالفت قرارداد با نظم عمومی را نیز اضافه نمود.

در میان شرایط یاد شده آنچه در رابطه با داور مهم است و مؤلفان، قضات و داوران درخصوص آن به بحث و جدل

پرداخته‌اند، اهلیت طرفین در مراجعه به داور و قابل داور بودن⁷⁵ اختلافی است که به داور ارجاع شده یا خواهد شد. قصد و رضای طرفین و مشروعیت جهت معامله و نیز مخالفت و عدم مخالفت شرط داور با نظم عمومی، طبق یک اصل کلی مورد توافق سیستم‌های داخلی تعارض قوانین، تابع قانون قرارداد، و بطور دقیق‌تر، قانون حاکم بر قرارداد داور است. به همین خاطر ما نیز در این مبحث تنها اعتبار شرط داور از جهت اهلیت طرفین و قابلیت ارجاع اختلاف فی‌مابین آنان به داور را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف. اهلیت طرفین داور

منظور از اهلیت طرفین در واقع حق هر یک از آنان دایر بر ارجاع اختلاف به داور است. مسئله به طور دقیق‌تر این است که آیا طرفین حق دارند به‌موجب قرارداد، اختلاف خود را خواه قبل و خواه بعد از بروز آن - به داور یا چند شخص خصوصی واگذار نمایند؟ این سوال در واقع بیشتر در رابطه با قراردادهای

75. Arbitrabilité.

داوري كه يك طرف آنها يك دولت و يا يك شخص حقوقي دولتي (سازمان، شركت، مؤسسه و امثال آن) مي‌باشد، مطرح شده است. در پاره‌اي از كشورها به‌موجب قانون، دولت يا اشخاص دولتي براي حل اختلافات خود با اشخاص ديگر حق مراجعه به داوري را ندارند. نمونه بارز از اين دست، كشورهاي امريكاي لاتين است كه در آنها نظريه «كالوو» مورد عمل مي‌باشد. به‌موجب اين نظر، هر نوع شركت خارجي كه در اين كشورها مشغول فعاليت مي‌شود، با اين عمل خود بطور ضمني و رسمي از حمايت ديپلماتيكي كه ممكن است از آن برخوردار باشد، عدول كرده، صلاحيت انحصاري دادگاهها و حقوق داخلي كشورهاي مزبور را مي‌پذيرد.⁷⁶ برعكس، پاره‌اي كشورها بر قبول اهليت دولت و مؤسسات دولتي وابسته

76. نظريه «كالوو» (Calvo) از نام «كارلوس كالوو» حقوقدان آرژانتيني گرفته شده كه قاعده مزبور را در سال 1868 وضع نموده است. اين نظريه بعداً در قوانين اساسي كشورهاي چون مكزيك، بوليو، نيكاراگوئه، پرو ونزوئلا به‌عنوان يك اصل پذيرفته شده است. قوانين كشورهاي اكوادور و كلمبيا نيز اين قاعده را شرکتهاي خارجي تحميل مي‌کنند. در آرژانتيين و اوروگوئه اين قاعده ديگر اجرا نمي‌شود. در برزيل قاعده مزبور به‌عنوان يك اصل پذيرفته شده ولي در عمل به آن توجهي نمي‌شود.

به آن برای انعقاد قرارداد داورى مهر تأیید گذاشته‌اند. در میان این کشورها می‌توان از اغلب کشورهای عربی⁷⁷ و اروپای شرقی⁷⁸ نام برد که قسمت مهمی از قراردادهای بین‌المللی در چارچوب روابط آنها با کشورهای دیگر انجام می‌گیرد. در پاره‌ای دیگر از کشورها – همچون ایران – قانونگذار رفتار دوگانه‌ای را در برخورد با داورى در پیش گرفته است. این کشورها داورى را بطور کلی قبول دارند ولی مراجعه به آن را برای حل اختلافات میان دولت و شرکتهای خارجی موکول به تصویب و اجازه پارلمان می‌کنند.⁷⁹

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

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

79. به‌موجب اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داورى در هر مورد موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». نباید تصور نمود که اصل 139 قانون اساسی و یا ممنوع کردن دولت و سازمانهای دولتی در ارجاع اختلافات خود با اشخاص ثالث به داورى، ابداع عجیبی نموده است. در ایران قبل از انقلاب اسلامی نیز مؤسسات دولت در ارجاع اختلافات به داورى ممنوع بودند. مطابق ماده 29 آئین‌نامه معاملات دولتی مصوب کمیسیون قوانین دارائی

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

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

مجلس شورای ملی مورخ 1334/2/10 در هیچیک از پیمانها نمی‌بایست حق ارجاع به داور قید می‌گردید. ضمن اینکه مقنن تصریحاً مؤسسات دولتی را از ارجاع به داور ممنوع کرده بود. این فکر ظاهراً ناشی از این است که دولت اصولاً در اغلب مواردی که اختلافات و دعاوی بین دولت و اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی به داور ارجاع گردیده محکوم به بی‌حقی شده و و از این بابت خسارات زیادی به وی وارد آمده است. این است که دولت و مقنن ایرانی همواره نسبت به ارجاع اختلافات دولت و سایر اشخاص به داور اکراره داشته‌اند. تصویب‌نامه‌های متعددی در گذشته از طرف دولت صادر گردیده است که در قراردادهایی که وزارتخانه‌ها با اشخاص یا مؤسساتی که شخصیت حقوقی دارند، منعقد می‌نمایند. قید ارجاع اختلاف به داور موقوف بود (در این خصوص رک. به دکتر صادق برزگر: «حکمیّت بازرگانی بین‌المللی»، نشریه کانون سردفتران، سال هشتم، شماره 4 و 5 تیر و مرداد 1343، ص 49 به بعد).

به موجب يك نظرية، قانون صالح براي پاسخ دادن به سؤال مزبور قانون محلي است كه به موجب مقررات تعارض قوانين كشور محل دادگاه داوري تعيين خواهد شد. اين عقیده بويژه در قطعنامه آمستردام متخذه از طرف مؤسسه حقوق بين الملل عنوان شده است كه ماده 5 آن بطور كلي اعتبار شرط داوري را تابع قانون محل دادگاه داوري مي داند.

نظريه فوق امروزه طرفداري ندارد و در واقع قابل قبول هم نيست، زيرا دادگاههاي داوري را در حد دادگاههاي قضائي گذاشته و همان قواعد حاكم بر اين نوع دادگاهها را به داوران تحميل مي كند، و حال آنكه - همانطور كه گفتيم - تشبيه وظيفه قضات كه اراده خود را از حاكميت كشوري كه در آن به دادرسي مشغولند، مي گيرند با كار داوران كه به موجب اراده طرفين صالح به حل اختلاف شده اند، صحيح نيست؛ مضافاً به اينكه تعيين محل داوري ممكن است صرفاً تصادفي باشد و يا اصلاً محلي در كار نباشد و داوري از طريق مكاتبه صورت گيرد.

به موجب يك نظرية ديگر، قانون صالح در خصوص اهدیت دولت و بطور كلي اشخاص حقوقي و حقيقي مبني بر ارجاع اختلافات خود با اشخاص ثالث به داوري، قانون قاضي است که از نظر حقوق بين الملل خصوصي صالح به رسيدگي به اختلاف مطروحه مي باشد.⁸⁰ مراجعه به داوري در صورتي براي طرفين مجاز است که قانون متبوع قاضي که ذاتاً صالح به رسيدگي به دعوي مطروحه است، آن را براي همگان ممکن کرده باشد؛ چرا که مسئله داوري به سازمان قضائي هر کشور مربوط مي شود. مثلاً فرض مي کنيم براي حل اختلاف ميان يك شرکت دولتي ايراني از يك سو و يك شرکت فرانسوي از سوي ديگر، در صورت فقدان قرارداد داوري، يك قاضي انگليسي صالح به رسيدگي باشد. براي اينکه معلوم شود مراجعه شرکت دولتي ايران - که فرضاً اجازه مجلس را اخذ نکرده است - به داوري درست بوده يا خير، و به عبارت ديگر، براي آنکه معلوم شود قرارداد داوري صحيح است يا باطل، قاضي انگليسي بايد به قانون دولت متبوع خود مراجعه

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

کند. هرگاه قانون کشور انگلیس مراجعه به داوری را برای همه اشخاص، صرف نظر از دولتی بودن یا خصوصی بودن آنان، مجاز بشناسد، قرارداد داوری منعقد شده میان طرفین ایرانی و فرانسوی را صحیح می‌داند، و الا آن را باطل اعلام می‌نماید. این نظر دوم، به همان دلایلی که برای رد نظریه نخست بیان نمودیم غیرقابل قبول است. در واقع، قاضی به حکم قانون دولت متبوع خود مکلف به مراجعه به قانون ملی خویش است، در حالیکه داور جز در مواردی که مکلف به رعایت نظم عمومی کشور محل داوری است، اجباری به رجوع به قانون به این کشور ندارد. مراجعه به داوری - یعنی مراجعه به یک عدالت خصوصی - وقتی که اختلاف جنبه بین‌المللی دارد، به اندازه مراجعه به داوری در مسائل داخلی و میان اتباع کشور واحد، عدول از اصل اساسی تظلم خواهی نزد محاکم دولتی محسوب نمی‌شود، مضافاً به اینکه طرفین، با وجود آنکه در خصوص اجرای قرارداد اصلی اختلاف نظر دارند، در رجوع به داوری اختلافی

ندارند، زیرا از ابتدا به موجب قرارداد در این مورد توافق نموده اند. طبق نظریه سوم، اهلیت طرفین باید تابع قانون قرارداد داوری باشد. این نظریه ای است که رویه قضائی فرانسه در قراردادهائی که يك طرف آنها دولت فرانسه بوده اتخاذ نموده است. در واقع، دیوان کشور فرانسه در رأی معروف خود موسوم به «سن کارلو»⁸¹ ممنوعیتی را که مواد 83 و 1004 قانون سابق آئین دادرسی مدنی فرانسه برای دولت و اشخاص حقوقی دولتی مقرر کرده بود و به موجب آن اشخاص مزبور از مراجعه به داوری محروم شده بودند، عدم اهلیت تلقی نکرده و آن را تابع قانون قرارداد دانسته و نه قانون شخصی که قاعدتاً اهلیت تابع آن است. به کدام دیوان مزبور:

«ممنوع بودن دولت و مؤسسات دولتی از مراجعه به داوری، ارتباطی به مسئله اهلیت موضوع بند 3 از ماده 3 قانون مدنی ندارد. دادگاه استیناف می بایست تنها به این نکته پاسخ گوید که آیا

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

این ممنوعیت کلی و عام که برای قرارداد های داخلی وضع شده است، در مورد یک قرارداد خصوصی بین المللی که بنا بر مقتضیات و شرایط، متناسب با عرف تجارت دریائی منعقد گردیده، قابل تسری است یا خیر؟ دادگاه استیناف در نظر خویش مبنی بر اینکه این مسئله تابع قانون قرارداد است و نه قانون شخصی طرفین قرارداد، موافق قانون عمل کرده است».

این نظریه که مورد پشتیبانی بعضی از حقوقدانان بنام بوده⁸² و پاره ای از داوران نیز آن را دنبال کرده اند،⁸³ نه از نظر منطق حقوقی درست به نظر می رسد و نه از لحاظ عملی قابل قبول است. از نظر منطق حقوقی، آزاد گذاشتن طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم بر اهلیت با اصل کلی مورد قبول در سطح جهانی که اهلیت را تابع قانون شخصی طرفین تلقی

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

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

می‌کند،⁸⁴ مخالف است؛ مضافاً به اینکه بسیار نامعقول به نظر می‌رسد که برای تشخیص اینکه دولتی حق مراجعه به داوری دارد یا خیر، به قانونی جز قانون خود وی مراجعه نمائیم. از لحاظ عملی نیز تعیین اختیار دولت طرف معامله در ارجاع اختلاف به داوری، مخالف اصل استقلال و حاکمیت دولتهاست و بسیار بعید است که دولتها – و بویژه دولتهای جهان سوم – بپذیرند که اختیار یا عدم اختیار آنها در ارجاع اختلافاتشان به داوری، به قانونی جز قانون خود آنها محول گردد. این است که تعیین وجود یا عدم اهلیت هر یک از طرفین را برای انعقاد قرارداد داوری باید – همانطور که در مورد هر قرارداد دیگری صادق است – علی‌الاصول تابع قانون شخصی طرفین تلقی

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

نمود. این نظر که پاره‌ای مؤلفان از آن دفاع کرده⁸⁵ و بعضی آرای داوری آن را قبول نموده⁸⁶ و کنوانسیون اروپائی راجع به داوری بین‌المللی⁸⁷ و کنوانسیون نیویورک راجع به اجرای آرای داوری خارجی⁸⁸ نیز آن را مطمح نظر قرار داده‌اند باید، بجز در موارد استثنائی،⁸⁹ مورد تأیید قرار گیرد.

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

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

87. بند 1 (الف) از ماده 4.

88. بند 1 (الف) از ماده 5.

89. مانند موردی که عدم اهلیت یکی از طرفین با اصول اساسی تجارت بین‌المللی - چون اصل حسن نیت - مخالف است پیدا می‌کند. مثلاً در فرانسه اصل بر این است که قانون حاکم بر اهلیت اشخاص، قانون ملی آنان است. معذک در پاره‌ای موارد در صورتی که طرف فرانسوی بتواند ثابت کند از اینکه قانون شخصی طرف معامله او را صغیر قلمداد می‌کرده، بی‌اطلاع بوده است، می‌تواند از ابطال معامله - که طرف خارجی به بهانه صغیر بودن خود به‌موجب قانون شخصش تقاضا می‌نماید - جلوگیری کند مشروط بر اینکه شخص خارجی مزبور به‌موجب قانون محل انعقاد قرارداد، اهل شناخته شود. این قاعده به قاعده «لیزاردی» (Lizardi) معروف است. لیزاردی در واقع یک تبعه مکزیکی بیست و سه ساله بود که چندین فقره سفته به ارزش 80.000 فرانک در مقابل خرید جواهرات از یک تاجر فرانسوی امضاء کرده بود. در اثر عدم پرداخت بموقع سفته‌ها تاجر فرانسوی وی را در محکمه تعقیب نمود. در دفاع از خود، لیزاردی اعلام داشت که تعهداتش باطل است زیرا به‌موجب قانون مکزیک - قانون شخصی‌اش - سن کبر از بیست و پنج سالگی آغاز می‌شود. دیوان کشور فرانسه با وجود صحت اظهارات لیزاردی مبنی بر بطلان معامله به‌موجب قانون مکزیک وی

201 ❖ تعارض قوانین در ...

ب. قابلیت ارجاع اختلاف به داوری

معمولاً سیستمهای مختلف حقوقی داخلی، یک نوع واحد از دعاوی را قابل ارجاع به داوری میدانند؛ معذک ممکن است درخصوص پاره‌ای اختلافات حقوقی داخل کشورها یکسان عمل نکنند. مثلاً به موجب حقوق انگلیس ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد کار بدون هیچگونه محدودیتی مجاز است،⁹⁰ در حالی که در حقوق بلژیک نمی‌توان در قرارداد کار شرط داوری گنجانده مگر در مورد قراردادهای راجع به مدیریت، آن هم در صورتی که دستمزد سالانه مدیر حداقل 50.000 فرانک باشد.⁹¹ در فرانسه، برعکس، گنجانده شدن هرگونه شرط داوری در قراردادهای کار ممنوع به نظر می‌رسد.⁹²

را به پرداخت بهای جواهرات محکوم نمود، به این استدلال که جواهر فروش فرانسوی حقاً نمی‌توانسته است «قوانین ملتهای مختلف را بشناسد» و همین‌که «با احتیاط» عمل کرده و در عقد قرارداد «حسن نیت» بخرج داده کافی است:

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

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

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

92. مثلاً در رأی شماره 2558 دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، داور رسیدگی‌کننده که در پاریس رأی صادر نموده است، با وجود شرط داوری موجود در قرارداد کار، از رسیدگی به اختلاف مطروحه میان طرفین خودداری کرده است. متن رأی در نشریه زیر چاپ شده است:

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

به‌موجب يك نظریه، قاضي مأمور صدور اجرائیه می‌تواند در صورتی‌که موضوع اختلاف به‌موجب قانون دولت متبوع او غیرقابل ارجاع به داوری باشد از اجرای رأی داوری که مخالف آن عمل نموده است، خودداری نماید.⁹³ به عبارت دیگر، این قانون محل اجرای رأی داوری است که صالح است بگوید آیا اختلاف طرفین قابل ارجاع به داوری هست یا خیر و داور باید هنگام صدور رأی این قانون را مدنظر داشته باشد. يك دادگاه استیناف بلژیکی⁹⁴ به این استدلال که موضوع رأی داوران به‌موجب قانون بلژیک – محل اجرای قرارداد – قابل ارجاع به داوری نیست، از قبول

Clunet, 1977, 952.

93. ماده 5 کنوانسیون نیویورک راجع به اجرای آرای داوری خارجی.

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

درخواست اجرای رأی داورى خوددارى کرده است.⁹⁵

این نظر البته اغراق آمیز است، چرا که هرگاه اجرای رأی داورى به هیچ وجه با نظم عمومي كشورى كه در آن رأی باید اجرا شود منافاتی نداشته باشد، معلوم نیست مطابق چه منطقی قاضی مأمور صدور اجرائیه، به صرف اینکه قانون دولت متبوعش موضوع را قابل ارجاع به داورى نمی داند، باید از صدور اجرائیه خوددارى کند. مثلاً به موجب ماده 675 قانون آئین دادرسی مدنی ایران، مراجعه به داورى در اختلافات ناشی از ورشکستگی ممنوع است. حال اگر از قاضی ایرانی تقاضای صدور اجرائیه در مورد يك رأی داورى خارجى شود - به دلیل وجود اموال محكوم علیه در ایران - معلوم نیست چرا قاضی ایرانی باید به صرف اینکه قانون شخصی وی ارجاع مسائل ناشی از ورشکستگی را به داورى

95. موضوع این بوده است که آیا قرارداد امتیاز يك شرکت به نام "Audi-NSU" در بلژیک خاتمه پیدا کرده است یا خیر؟ قاضی رسیدگی کننده به درخواست اجرای رأی داورى صادره در خصوص اختلاف مطروحه، با استناد به قانون 1961 راجع به اعطای امتیاز به شرکتهای خارجى در بلژیک، موضوع را قابل داورى ندانسته و از اجرای رأی داورى خوددارى کرده است.

قبول ندارد، از اجرائی رأی داور خارجی خودداری کنند. گرچه مفاد ماده مذکور جنبه آمرانه دارد، ولی نادیده گرفتن آن از ناحیه قاضی ایرانی در امری که جنبه بین‌المللی دارد مخالف نظم عمومی ایران نخواهد بود.⁹⁶

این است که معمولاً این نکته مورد قبول است که قانون حاکم بر قابلیت ارجاع اختلاف به داور، قانونی است که طرفین انتخاب نموده‌اند؛ یعنی قانونی که بر ماهیت قرارداد داور حاکم است. لیکن هرگاه طرفین قانون حاکم بر ماهیت داور را صراحتاً معین نکرده باشند، کدام قانون را باید صالح شناخت؟ بعضی از مؤلفان در چنین صورتی قانون قرارداد اصلی را صالح برای پاسخگویی به سؤال مطروحه می‌دانند.⁹⁷ این نظر در یکی از آرای داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی مورد تأیید قرار گرفته است.⁹⁸ کنوانسیون اروپائی راجع به داورى تجاری

96. درخصوص مفهوم نظم عمومی در حقوق ایران رك. به اسدالله اماني: «نقش ارادة در قراردادها»، فصلنامه حق، دفتر چهارم، 1364، ص 65 به بعد.

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

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

بین‌المللی نیز بر همین عقیده استوار است.⁹⁹ این نظریه بر این استدلال تکیه دارد که ارجاع اختلاف به داوری در واقع از مصادیق انتقال حق است، بدین معنی که اشخاصی که حق دخالت در اموال خود را دارند، می‌توانند این حق دخالت را به دیگری (داور) انتقال دهند؛ و همانطور که مسئله جواز یا عدم جواز انتقال حق تابع قانونی است که حدود حق مزبور را معین می‌کند، این نکته که آیا شخص می‌توانسته تصمیم درخصوص اختلاف مطروحه را به داوری واگذارد یا خیر نیز تابع قانون حاکم بر اصل اختلاف، و به عبارت دیگر، قانون حاکم بر قرارداد اصلی است. این عقیده را نمی‌توان پذیرفت، زیرا اولاً چنانکه گفته‌اند¹⁰⁰ ارجاع اختلاف به داوری به معنی آن نیست که شخص از حقوق خود صرف‌نظر می‌کند، چیزی که در مورد انتقال حق مصداق دارد؛ ثانیاً به موجب حقوق داخلی اغلب کشورهای جهان،¹⁰¹ قرارداد داوری¹⁰² مستقل از

99. ماده 6 کنوانسیون.

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

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

قرارداد اصلي است، و هرگاه حقوق داخلي يکي از اين کشورها حاکم بر قرارداد اصلي باشد بطلان قرارداد اصلي خدشه‌اي به صحت قرارداد داوري وارد نمي‌کند. مثلاً اگر قرارداد داوري تابع فرانسه باشد، داور رسيدگي‌کننده خود را صالح به رسيدگي خواهد شناخت بدون آنکه ابتدائاً جستجو کند که آیا قرارداد اصلي صحيح است يا باطل. در يکي از آراي داوري اتاق بازرگاني بين‌المللي که در زوريخ صادر گرديده است، داوران با چنين مسئله‌اي روبرو بودند. داوران پس از رسيدگي چنين اظهارنظر نمودند:

«... دادگاه داوري خود را صالح به رسيدگي در ماهيت دعوي مي‌داند، چراکه عدم و يا نقصان رضاي¹⁰³ مورد ادعاي شرکت خواننده ارتباضي به شرط داوري ندارد و به قرارداد اصلي مربوط است»¹⁰⁴.

102. با عنايت به ماهيت قراردادي شرط داوري در قرارداد اصلي (clause compromissoire) و قرارداد داوري (compromis) که پس از قرارداد اصلي مستقلاً منعقد مي‌گردد، از هر دو تحت عنوان «قرارداد داوري» به معنای اعم ياد شده است.

103. *defaut ou vice de consentement.*

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

207 ❖ تعارض قوانین در ...

مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی¹⁰⁵ و قانون نمونه درباره داوری تجاری بین‌المللی مصوب کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل¹⁰⁶ نیز همین راه حل را برگزیده‌اند؛ راه‌حلی که پاره‌ای داوران از آن به‌عنوان یک «قاعده ماهوی حقوق تجارت بین‌الملل» یاد کرده‌اند.¹⁰⁷

این است که قابلیت یا عدم قابلیت ارجاع اختلاف به داوری را باید در قانون حاکم بر قرارداد داوری جستجو نمود. نه قانون حاکم بر قرارداد اصلی می‌تواند – در صورت عدم صراحت قرارداد داوری در خصوص قانون حاکم بر آن – الزاماً بر داوری حاکم باشد و نه قانون محل داوری چنانکه ماده 6 کنوانسیون اروپائی راجع به داوری تجاری بین‌المللی پیش‌بینی نموده است. این قوانین می‌توانند به‌عنوان قرینه‌ای در جهت کشف اراده طرفین در خصوص قانون حاکم بر داوری توسط

105. بند 3 از ماده 8 مقررات سازش و داوری دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (متن مقررات دیوان به زبانهای فارسی و انگلیسی در «مجله حقوقی»، شماره 5، بهار 65، بخش اسناد بین‌المللی، چاپ شده است).

106. Model Law on International Commercial Arbitration.

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

داور بکار گرفته شوند، ولی صرف اینکه قانون حاکم بر داوری معین نیست، دلیل نمی‌شود که قانون قرارداد اصلی را همان قانونی بدانیم که طرفین خواسته‌اند بر قرارداد داوری نیز حاکم باشد. قانون حاکم بر قرارداد اخیر را باید با توجه به اوضاع و احوال هر مورد جستجو و استنتاج نمود.

بخش 2

قانون حاکم بر ماهیت دعوی

طرح مسئله

تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوائی که نزد داور مطرح است گاه کم اهمیت جلوه داده شده است و پاره‌ای از داوران نیز خود را مقید به جستجو و یافتن قانون حاکم بر اختلافاتی که به آنها واگذار شده است، نمی‌بینند. در یکی از آرای داوری صادره در چارچوب مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی چنین می‌خوانیم:

« برای ارزیابی این مسئله که آیا اقدام متعهد له به اندازه‌ای مهم و

خطرناك¹⁰⁸ هست که متعهد را از انجام
تعهدش بري سازد، لازم نيست به يك
قانون ملي مراجعه شود».¹⁰⁹

در پرونده مطروحه نزد داور،
مقاطعه کاري که کارگاه را ترك کرده بود
چنين عنوان نموده بود که ترك کارگاه به
خاطر اين بوده است که صاحب کار به موقع
نسبت به پرداخت مبالغی که مي‌بایست معين
کند که آیا اقدام صاحب کار مبني بر عدم
پرداخت بموقع آنچه قرارداد به عهده او
گذاشته بود، آنقدر مهم بوده است که
مقاطعه کار را مجاز سازد که براساس
قاعده “exception nom adimpleti contractus”¹¹⁰ از
انجام تعهد خود در قبال صاحب کار

108. Grave.

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

110. توضیح قاعده بالا این است که علی‌الاصول هر یک از
طرفین معامله باید تعهدات متقابل خود را در يك زمان
به انجام برسانند. مثلاً در عقد بیع، خریدار باید حین
دریافت مبیع، ثمن را به بائع رد کند. حال اگر یکی از
طرفین به تعهد خود عمل نکند، طرف مقابل خواهد توانست
تا زمانی که طرف ممتنع از انجام تعهد خود سرباز
می‌زند، او نیز به تعهد خود عمل نکند. قاعده مورد بحث
به معنی تعلیق اجرای تعهد است و موجب سقوط آن نخواهد
بود. این حق امتناع یکی از طرفین از انجام تعهدش تا
انجام تعهد طرف مقابل، در حقوق ما به حق حبس معروف
است که یکی از موارد آن در ماده 377 قانون مدنی آمده
است.

خودداری کند یا خیر؟ داور رسیدگی‌کننده به این سؤال که آیا برای تعیین جواز ترک کارگاه و تعیین اهمیت اقدام صاحب کار مدنی بر تأخیر در پرداخت، داور ملزم به مراجعه به قانون ملی حاکم بر قرارداد هست یا خیر، پاسخ منفی می‌دهد، و حال آنکه این قانون ماهوی حاکم بر قرارداد است که باید در این خصوص مبنای اظهارنظر قرار گیرد.

از نقطه نظر تئوری، هرگاه قرارداد به حد کافی جزئیات مسائلی را که ممکن است در آینده میان طرفین بروز کند پیش‌بینی کرده، معین نماید که هر مسئله‌ای باید براساس چه قانونی ارزیابی شود، اشکالی پیش نخواهد آمد. در واقع، به‌موجب یک اصل کلی مورد قبول سیستمهای حقوقی جهان، قانون طرفین، بویژه در یک قرارداد بین‌المللی، از همان شروط مندرج در قرارداد تشکیل می‌گردد و داور بین‌المللی نیز باید برای حل مسائلی که نزد او مطرح می‌شود، قبل از هر چیز، به قرارداد طرفین مراجعه نماید؛ ولی در عمل بندرت اتفاق می‌افتد که قرارداد آنقدر مفصل تنظیم شود که همه جوانب

روابط آتی میان طرفین را در نظر بگیرد. این است که داور، مانند قاضی دادگستری، در مقام رسیدگی مجبور به تفسیر قرارداد است که ممکن است مبهم باشد، و یا باید آن را تکمیل کند. در پاسخ اینکه تفسیر و تکمیل قرارداد توسط داور به چه صورت انجام خواهد شد، باید گفت این کار جز با اتکا به یک سیستم حقوقی معین، سیستمی که حاکم بر قرارداد باشد، عملی نیست. بطورکلی این سیستم حقوقی همان قانون حاکم بر ماهیت دعوی است.

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

«نظر به اینکه باید به استقلال جامعه بین‌المللی بازرگانان که در روابط متقابل خود از قواعد ویژه‌ای تبعیت می‌کنند، اذعان کنیم... و نظر به اینکه مسئله‌ای که نزد دادگاه مطرح شده است جز تفسیر قراردادهای منعقد شده میان طرفین و جستجوی اراده واقعی

آنان چیز دیگری نمی‌باشد، معلوم نیست
اجرای يك قانون ملی که طرفین مسلماً
مدنظر نداشته‌اند، چه فایده‌ای در بر
دارد...».¹¹¹

مفهوم این رأی داوران آن است که لازم
نیست تفسیر قرارداد با مراجعه به قانون
قرارداد، یعنی قانون ملی يك کشور
بخصوص، بعمل آید؛ ولی داوران صادر
کننده این رأی معلوم نمی‌کنند که اساس
حقوقی این عقیده آنان چیست. از طرفی در
چند سطر پائین‌تر این رأی، آنجا که
داوران می‌باید در مورد میزان بهره‌ای که
به متعهد^۱ له تعلق می‌گیرد اظهارنظر
کنند، مجدداً به لزوم اجرای يك قانون
ملی درخصوص تعیین میزان بهره بازگشته،
قانون متعهد^۲ له را در این خصوص
لازم‌الرعاية معرفی می‌نمایند.¹¹²

رأی بالا بخوبی نشان می‌دهد که این
قوانین داخلی کشورها هستند که اغلب، به

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

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

تعارض قوانین در ... ❖ 213

دلیل منظم و مدون بودنشان، می‌توانند و باید پاسخ مسائل ماهوی مطروحه نزد داوران بین‌المللی را ارائه دهند. قاعدتاً هرگاه طرفین در قرارداد خویش قانون حاکم بر آن را نیز معین کرده باشند، مشکلی در برابر داور قرار نمی‌گیرد. در واقع، چون — همانطور که گفتیم — داور فاقد محل رسیدگی است و اقتدارش را از اراده طرفین می‌گیرد، خواست آنها درخصوص انتخاب قانون صالح را باید اجرا نماید، مگر در مواردی که این خواست مخالف نظم عمومی یکی از کشورهای است که رأی به‌نحوی مؤثر با آن ارتباط پیدا می‌کند.

رأی داور شماره 2559 اتاق بازرگانی بین‌المللی به صراحت چنین اعلام می‌دارد: «انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین دعوی برای دادگاه [داوری] لازم‌الرعايه است».¹¹³

اما مسئله این است که هرگاه طرفین، قانون حاکم بر ماهیت دعوی را انتخاب

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

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

طرفین، قانون قرارداد را صراحتاً یا بطور ضمنی انتخاب نکرده‌اند. حتی اگر طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را نیز معین کرده باشند باز مشکل تعیین قانون حاکم بر ماهیت از بین نخواهد رفت. واقعیت این است که تمام جنبه‌های ماهوی روابط طرفین تابع قانون انتخاب شده توسط آنان نیست. مثلاً شرایط مربوط به اجرای تعهدات منعکس در قرارداد - شرط پرداخت بهای کالا، شرط ضمان و امثال آن - تابع قانون محلی است که هر یک از تعهدات مزبور باید در آنجا اجرا شود؛ مسئله اهلیت طرفین در انعقاد قرارداد اصلی تابع قانونی جز قانون قرارداد است که باید جستجو و معین شود.

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

از نقطه نظر تئوری محض، در قبال سؤال فوق می‌توان پاسخی متعددی ارائه

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

اما در عمل، هیچ‌یک از این راه‌حلها به دلیل ایرادهای آشکاری که به هریک از آنها وارد است مورد توجه قرار

نگرفته اند.¹¹⁴ علمای حقوق و داوران بین‌المللی نظرات دیگری عنوان نموده‌اند که عمدتاً بر محور سه فکر دور می‌زنند: صلاحیت قواعد تعارض محل داوری؛ صلاحیت قواعد تعارض کشوری که قانون آن به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد معین شده است؛ و بالاخره استقلال و آزادی داوری در انتخاب قواعد تعارض حاکم بر اختلاف. نظرات مزبور را در سه مبحث مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مبحث اول

اجرای سیستم تعارض قوانین محل داوری

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

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

یکی از معروفترین طرفداران این نظریه **پروفسور سوسرهایل** حقوقدان سوئیسی است که در گزارش خود به مؤسسه حقوق بین‌الملل در سال 1952 از آن دفاع نموده است.¹¹⁵ لازم به تذکر است که این حقوقدان بنام در واقع - همانطور که قبلاً به مناسبت بحث در خصوص قانون حاکم بر آئین داورى گفتیم - تمامی جنبه‌های داورى بین‌المللی را تابع قانون محل داورى می‌داند به جز شکل قرارداد داورى یا شکل توافق طرفین بر سر تعیین داوران - که در مرحله‌ای بعد از انعقاد قرارداد داورى صورت می‌گیرد - و یا شکل صلحنامه‌ای که میان طرفین و بوسیله آنها امضاء می‌شود، که مؤلف مزبور در مورد آنها مطابق قاعده جهانی "Locus regit actum"¹¹⁶، قانون محل انعقاد را صالح قلمداد می‌کند.

به نظر **پروفسور سوسرهایل**:

«از آنجا که داورى يك تأسيس قراردادي است، طرفین باید حق داشته باشند سیستم حقوقی قابل اجرا بر رأی داورى

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

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

را به داورها نشان دهند. اما این حق جز در محدوده‌ای که قواعد تعارض کشور محل دادگاه معین می‌کنند مجاز نیست قواعدی که به‌عنوان قانون مقرر دادگاه، وسعت استقلالی را که می‌توان در این زمینه برای طرفین شناخت، معین خواهد کرد. هرگاه طرفین در مورد سیستم حقوق قابل اجرا توافقی نکرده باشند، داوران در مقام حل اختلاف میان طرفین، به قواعد تعارض کشور محل دادگاه داور رجوع خواهند نمود».¹¹⁷

اما متنی که بالاخره توسط قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل موسوم به «قطعنامه آمستردام» در سال 1957 تصویب و اتخاذ شد، ظاهراً جایی برای توافق طرفین باقی نگذاشته است. حتی می‌توان گفت که قطعنامه اخیر تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی را انحصاراً به قواعد تعارض محل دادگاه داور و گذار کرده است.¹¹⁸

117. Op. cit. p. 571.

118. به‌موجب ماده 11 قطعنامه «برای تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف، قواعد تعارض موجود در کشوری باید مدنظر قرار داده شوند که دادگاه داور در آنجا واقع است. داورها در حدود این قانون، قانون انتخاب شده توسط طرفین را اجرا خواهند کرد. در صورت عدم صراحت

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

بیهوده نیست که نظریه مورد بحث در عمل چندان طرفداری ندارد و می‌توان تأیید کرد که در مجموع، «داوران

قرارداد، داورها با ملاحظه تمامی جوانب اختلاف، اراده طرفین را معین خواهند کرد». بدین ترتیب، اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوی تنها در صورتی مؤثر خواهد بود که حقوق بین‌الملل خصوصی کشور محل داورى، این انتخاب را به رسمیت بشناسد.

بین‌المللی تمایلی به مراجعه به قواعد تعارض قوانین محل داورى ندارند».¹¹⁹ با وجود این، نمی‌توان اجرای قانون محل داورى را در همه حال محکوم دانست و داوران را از مراجعه به آن ممنوع نمود. در واقع، از مورد تعیین صریح و یا ضمنی¹²⁰ قانون محل داورى توسط خود طرفین که بگذریم - که در این صورت، قانون محل داورى و قانون قرارداد قانون واحد خواهند بود - در صورت فقدان هرگونه قرینه‌ای در قرارداد که حاکی از اراده طرفین در تعیین قانونی جز قانون محل داورى باشد، داور خواهد توانست لاقلاً بطور فرعی به قواعد تعارض محل وقوع داورى مراجعه نماید، بویژه هرگاه این تنها راه حل عاقلانه باشد؛ همچنین است وقتی که قانون محل وقوع داورى تصادفی نبوده و با قرارداد رابطه‌ای نیز

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

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

داشته باشد،¹²¹ یا وقتی که محل داوری می‌تواند در کنار قرائن دیگر، در تعیین قواعد تعارض مورد جستجوی داور نقش مؤثری ایفا نماید.¹²²

مبحث دوم

صلاحیت قانون قرارداد

جمعی از علمای حقوق بر این عقیده‌اند که داور بین‌المللی در صورت فقدان هرگونه قرینه‌ای بر اراده مخالف طرفین باید قواعد تعارض کشوری را مد نظر قرار دهد. که قانون آن به‌عنوان قانون قرارداد معین شده است.¹²³

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

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

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

تعارض قوانین در ... ❖ 223

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

جواب این سؤال البته منفی است. در واقع، داور نمی‌تواند در مقام حل و فصل هر اختلافی که میان طرفین بروز کرده است قانون قرارداد را اعمال نماید. پاره‌ای مسائل لزوماً تابع قانونی که طرفین انتخاب کرده‌اند نیست؛ مانند موردی که اختلاف بر سر صحت شرط ضمان مندرج در قرارداد است که - چنانکه گفتیم - تابع قرارداد طرفین نیست،¹²⁴ یا موردی که صحت قرارداد اصلی از جهت اهلیت یکی از طرفین دعوی مورد اختلاف است که آن هم

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

تابع قانون قرارداد نیست. مسئله تأثیر حقوقی انتخاب قانونی که طرفین به‌عنوان قانون قرارداد برگزیده‌اند نیز مطرح است: داور باید بررسی کند که آیا طرفین اساساً مجاز بوده‌اند قانون انتخاب‌شده را بر قرارداد خویش حاکم کنند یا خیر؟ داور چگونه می‌تواند جواز انتخاب طرفین را بررسی کند بدون اینکه ابتدائاً به یک سیستم تعارض قوانین متوسل شود و با کمک آن قانون حاکم بر جواز انتخاب قانون قرارداد را معین کند؟

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

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

چنین حالتی، فرض بر این است که طرفین به سیستم تعارض این کشور مراجعه کرده‌اند و داور نیز باید این سیستم تعارض را برای یافتن قانون حاکم بر اختلافاتی که الزاماً تابع قانون قرارداد نیست، در تصمیم خود مورد استفاده قرار دهد.¹²⁵

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

اولاً، اجرای نظریه مزبور مستلزم این است که قرارداد طرفین متضمن قانونی باشد که مستقیماً و یا بطور غیرمستقیم توسط طرفین انتخاب شده باشد. هرگاه

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

طرفین چنین قانونی را در قراردادشان پیش‌بینی نکرده باشند، مراجعه به اراده طرفین و کشف قاعده تعارضی که راهنمای داور در انتخاب قانون حاکم بر اختلاف باشد، غیرممکن خواهد بود.

ثانیاً، قرارداد ممکن است تحت لوای یک قانون ملی قرار داده نشده باشد، بلکه طرفین آن را تابع ابزار حقوقی فراملی قرار داده باشند؛ ابزاری چون عرف و عادت تجاری بین‌المللی یا اصول کلی حقوق و یا حقوق بازرگانی فراملی.¹²⁶ در چنین قراردادی که مورد آن در عمل هم مشاهده می‌شود، به کدام قاعده تعارض باید مراجعه کرد؟

ثالثاً، از لحاظ منطق حقوقی نیز مشکل است که از انتخاب قانون کشور بخصوصی به‌عنوان قانون قرارداد و یا قانون داور بتوان نتیجه گرفت که طرفین با انتخاب چنین قانونی قطعاً در نظر داشته‌اند قواعد تعارض قوانین همان کشور را نیز بر روابط خود و اختلافاتی که احتمالاً از آنها ناشی می‌شود، حاکم کنند.

126. در مورد انواع ابزارهای حقوق فراملی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی، رک. به مقاله نگارنده به شرح منعکس در پانویس شماره 69 این گفتار.

مثالی که **پروفسور گلدمن** آورده است دلیل قاطع غیرعملی بودن نظریه مورد بحث است و ما آن را پایانبخش این مبحث قرار می‌دهیم:

«آیا عقلانی است که فرض شود یک فرانسوی که با یک انگلیسی قرارداد امضاء کرده و آن را تابع قانون انگلیس قرار داده، قصد داشته است در صورت بروز اختلافی در این مورد اهلیتش برابر قواعد تعارض انگلیس تابع قانون محل اقامت او باشد و نه برابر قواعد تعارض فرانسه تابع قانون ملی وی؟»¹²⁷

مبحث سوم

استقلال داور در انتخاب قواعد تعارض

به دلایلی که در دو مبحث بالا بیان کردیم اجرای قواعد تعارض کشور مقرر داور و یا کشوری که قانون آن به‌عنوان قانون قرارداد معین شده چندان عملی نیست. این است که پاره‌ای از مؤلفان بر ضرورت وجود یک سیستم مستقل تعارض

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

قوانین، یعنی سیستمی که از سیستم‌های داخلی تعارض جدا است، تأکید نموده‌اند که در شناسایی آزادی و استقلال داور در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی خلاصه می‌شود.¹²⁸

این نظری است که کنوانسیون ژنو مورخ 1961 در ماده 7 خود به این عبارت گنجانده است:

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

در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی به اینکه چه قواعد تعارضی باید مورد مراجعه داور قرار گیرد اشاره نشده و تنها قید شده است که داورها باید در این مورد «اصولی را که به نظر آنها متناسب می‌رسد اعمال نمایند».¹²⁹ همین قاعده در ماده 7 کنوانسیون اروپایی مقرر گردیده است. ماده 1477 قانون جدید

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

129. بند 3 از ماده 13 مقررات.

❖ 229 تعارض قوانین در ...

آئین دادرسی مدنی فرانسه نیز همین راه حل را پیش‌بینی می‌کند. و بالاخره مقررات کمیسیون داوران آلمان شرقی به دیوان داوران اختیار می‌دهد که حقوق حاکم بر اختلاف را، در صورت نبودن شرط خلاف در قرارداد، خود انتخاب و اعمال نماید.¹³⁰ از نقطه نظر عملی نیز اغلب داورها این طرز تفکر را به مرحله اجرا گذاشته‌اند. در واقع، بخصوص در کشورهای غربی داوران بین‌المللی دیگر رعایت سیستمهای داخلی تعارض قوانین را ضروری تشخیص نمی‌دهند.¹³¹

اما داوران که بدین ترتیب از آزادی قابل ملاحظه‌ای برخوردارند، در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی روش واحدی را دنبال نمی‌کنند. در اغلب موارد، داوران از اجرای یک سیستم تعارض واحد خودداری می‌کنند و به سیستمهای حقوقی متعددی که با اختلاف در رابطه هستند، مراجعه می‌نمایند. گاه مقررات حقوق بین‌الملل

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

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

خصوصی کشورهای متبوع طرفین را، هر دو، مورد مشورت قرار می‌دهند و گاه به سیستمهای تعارض قوانین طرفین، داور یا داوران قضیه و نیز سیستم موجود در کشور محل دادگاه داوری مراجعه می‌کنند تا بدین ترتیب نشان دهند که این سیستمها تماماً به تعیین قانون واحدی که حاکم بر ماهیت دعوی است می‌رسند.¹³² مزیت این روش در این است که داور آسان‌تر می‌تواند قانون حاکم بر اختلاف را به طرفین که بدین ترتیب قواعد تعارض کشورهایشان در رأی مورد استناد قرار می‌گیرد، بقبولاند. بعلاوه هر یک از طرفین می‌تواند دفاعیاتش را براساس سیستم تعارض کشور خودش استوار نماید.¹³³

در پاره‌ای موارد داور در تعیین قانون حاکم بر اختلاف به اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی متوسل می‌شود؛ اصولی که در سیستمهای تعارض قوانین کشورهای مختلف یا لاقلاً سیستمهایی که با اختلاف مطروحه نز داور رابطه مؤثر دارند، یکسان است. مثلاً این اصل که قانون حاکم

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

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

بر قرارداد قانونی است که موضوعاً بیشترین رابطه را با قرارداد دارد، در همه سیستم‌های داخلی تقریباً به یک صورت وجود دارد و بارها مورد عمل داوران بین‌المللی بوده است.¹³⁴ این روش تقریباً با روش قبلی یکسان است، زیرا در هر دو مورد داور به مطالعه و بررسی تطبیقی سیستم‌های مختلف تعارض قوانین می‌پردازد تا از طریق این بررسی به نتیجه مطلوب، یعنی یافتن قانون واحدی که همه سیستم‌های داخلی مرتبط با موضوع اختلاف متفقاً معین می‌کنند، برسد.

روش سوم این است که داور بدون به کار گرفتن سیستم‌های تعارض قوانین مستقیماً قانون حاکم بر ماهیت دعوی را تعیین و اجرا می‌نماید. در یک رأی داور، داور رسیدگی‌کننده مقررات کنوانسیون مورخ 1956 لاهه راجع به قانون حاکم بر قرارداد بیع بین‌المللی را بدون مراجعه به سیستم تعارض داخلی کشورهای مرتبط با اختلاف، مورد استناد و عمل قرار داده است.¹³⁵ طرح تدوینی کشورهای

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

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

بازار مشترك اروپا راجع به قانون قابل
اجراي تعهدات قراردادي نيز اختيار داور
به اجراي مستقيم قوانين امره كشورهاي
ذينفع در قضيه مطروحه نزد داور را
تأكيد مي‌كند، با اين عبارت:

«حين اجراي كنوانسيون جديد، ممكن است
به مقررات امره هر كشوري كه با امر
متنازعه فيه رابطه مؤثر داشته باشد
ترتيب اثر داده شود، مشروط بر اينكه
به موجب حقوق اين كشور چنين مقرراتي
بدون توجه به اينكه چه قانوني بر
قرارداد حاكم است، لازم الاجرا شناخته
شده باشند. براي تشخيص خصيصة امرانه
اين مقررات نوع و موضوع و نتايج
اعمال يا عدم اعمال آنها در نظر
گرفته خواهد شد».¹³⁶

رأي داوري شماره 1704 ديوان داوري
اتاق بازرگاني بين‌المللي همين رويه را
در پيش گرفته و مستقيماً قواعد امره
قوانين مرتبط با قرارداد را، بدون لزوم

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

مراجعه به سیستم تعارض صلاحیتدار، قابل اعمال می‌داند.¹³⁷

بدین ترتیب، داوری بین‌المللی چه از نقطه نظر حقوقی و چه از نظر عملی به سوی این فکر تمایل پیدا می‌کند که سکوت طرفین دعوی مبنی بر اجرای یک قانون معین در خصوص ماهیت اختلاف، قرینه بر قصد آنان به آزاد گذاشتن داوران به اعمال قانونی است که خود مناسب تشخیص خواهند داد. علمای حقوق نیز اکثراً به این فکر معتقدند.¹³⁸

اما روشن است که این آزادی داوران را نمی‌توان به صورت مطلق قابل پذیرش دانست. در واقع، درست است که داور به حکم قرارداد طرفین تصمیم می‌گیرد و قرارداد می‌تواند در صورت سکوت بدینگونه تفسیر شود که طرفین با سکوت خود نظر بر این داشته‌اند که داور در اعمال سیستم حقوقی حاکم بر اختلاف آزاد گذارده شود، ولی – همانطور که قبلاً نیز اشاره کردیم – این بدان معنی نیست که داور بتواند به میل خود قانون حاکم بر ماهیت را

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

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

تعیین و اعمال نماید. تصمیم داور باید باتوجه به جمیع جهات پرونده اتخاذ شود و معقول باشد. تصمیم مزبور در هر حال باید به صورتی اتخاذ شود که در مرحله اجرای رأی توسط قاضی با مخالفت مواجه نگردد؛ چیزی که ضرورتاً رعایت قواعد آمره کشورهای را که رأی با آنها ارتباط مؤثر دارد ایجاب مینماید. درست است که اغلب آرای داور قبل از ارجاع به قاضی، توسط طرفین به مرحله اجرا در می‌آیند و یا لاقلاً با سازش طرفین در خارج از دادگاه کان لم یکن میشوند، ولی نباید فراموش نمود که رأی داور با وجود تمام تفاوت‌هایی که با حکم قاضی دارد، در صورتی که فاقد شانس اجرا در دادگستری باشد، برای محکوم‌له فایده عملی در بر نخواهد داشت. برعکس، هرچه احتمال قابل اجرا بودن رأی در نزد قاضی بیشتر باشد، احتمال اجرای خود بخود آن توسط محکوم‌علیه نیز افزایش خواهد یافت. این است که با حفظ شرط معقول بودن رأی داور – که لزوماً به معنی مستدل بودن آن نیست – اصل آزادی و استقلال داور در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت

دعوي؛ در صورت عدم توافق طرفين، بايد مورد تأييد قرار گيرد. طبيعت داوري که براساس ارادة طرفين قرار گرفته است و تفاوت آشکار آن با دادرسي دادگاهي و دولتي که به طرفين تحميل مي‌شود، ايجاب مي‌نمايد که داور در کشف حقيقت و رفع اختلاف فيما بين دست بازتري داشته باشد.

نتيجه

گفتاري که از نظر گذشت نشان مي‌دهد که تعيين سيستم حقوقي حاکم بر اختلاف مطروحه نز داور بين‌المللي - چه از نظر شکلي و چه از نظر ماهوي - تا چه اندازه دشوار است. در واقع، برخلاف قاضي دادگستري که به لحاظ طبيعت وظيفه اش در صورت اختلاف و ترديد بر سر قانوني که طرفين خواسته‌اند بر دعوي حاکم کنند همواره بنا بر يك اصل كلي مورد قبول در سراسر جهان به قواعد تعارض کشور متبوع خود رجوع مي‌کند، داور بين‌المللي به دليل آنکه فاقد قانون محل داوري است و به نام هيچ دولتي حکم صادر نمي‌کند، نمي‌تواند قواعدي را که حقوق بين‌الملل خصوصي به معني سنتي آن در اختيار قاضي

گذاشته تا قانون حاکم بر امور متنازع‌فیه را بیابد، مورد استفاده قرار دهد. داور بین‌المللی حتی در مقام حل مسائل شکلی دعوی، آنجا که قاضی علی‌الاصول هیچگونه مشکلی ندارد و قانون خود را اجرا می‌کند، نمی‌داند - لااقل در ابتدای کار - کدام قانون را باید اجرا نماید. داور حتی نمی‌داند که آیا مکلف است یا قانون ملی را اعمال کند و یا می‌تواند از چارچوب قوانین داخلی خارج شود و قواعد حقوق بین‌الملل (اصول کلی حقوق - حقوق بازرگانی فراملی) را بدون مراجعه به یک سیستم تعارض قوانین، درخصوص اختلاف مطروحه به مرحله اجرا درآورد؟

هرگاه طرفین دعوی در قرارداد خویش قانون حاکم بر اختلاف را معین کرده باشند، داور با مشکل چندانی مواجه نخواهد شد. در واقع، از آنجا که داور اقتدارش را از اراده طرفین می‌گیرد، بنابراین قانون قابل اجرا برای وی همان قانون پیش‌بینی شده در قرارداد است، خواه این قانون، قانون شکلی باشد و خواه قانون ماهوی. ولی در طول این

گفتار دیدیم که اولاً طرفین همیشه قانون حاکم بر قرارداد داوری و یا قانون ماهوی را معنی نمی‌کنند، ثانیاً تعیین قانون قرارداد تمام مشکل داور را حل نمی‌کند؛ زیرا پاره‌ای مسائل وجود دارند که حلشان از طریق مراجعه به قانون تعیین شده طرفین میسر نیست و داور لزوماً باید قانون دیگری را درخصوص آنها مورد مشورت قرار دهد.

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

از نقطه نظر تئوری محض، می‌توان قوانین گوناگونی را درخصوص موضوع مورد مشورت قرار داد: قانون دولت متبوع داور یا قانون دولتی که او در آن مقیم است یا قوانین دولت متبوع طرفین و یا محل

اقامت آنها هرگاه قوانین مزبور میان آن دو مشترك باشد، قانون کشور متبوع قاضي که نزد او در رأي به اجرا در خواهد آمد، قانون محل داوري، قانون قرارداد و جز آن.

هريك از قوانين فوق متضمن مزایا و معایبي است که به آن اشاره کردیم؛ اما از آنجا که داور بالاخره باید قانوني را در حل اختلاف اعمال کند - با فرض اینکه قرارداد ناقص است و راه حل اختلاف را صراحتاً بیان نمی‌کند - داور چاره‌اي ندارد جز اینکه از میان قوانین قابل اعمال یکی را معین و مسئله مطروحه را با توجه به مقررات آن حل و فصل نماید. متأسفانه به دلیل سري نگه داشته شدن اغلب آرای داوري، هیچ محققي نمی‌تواند در مقام ارائه و بیان شیوة عمل داوران بین‌المللي بطور مطمئن اظهارنظر کند؛ اما از مجموعه آرائي که در نشریات تخصصي منتشر و در دسترس عموم گذاشته می‌شود - و ما نیز در حد امکان از آنها در این گفتار استفاده نمودیم - می‌توان پی‌برد که تا چه اندازه داوران بین‌المللي در خصوص تعیین قانون حاکم بر

داوري به صورت ناهمگون و متشتت عمل مي‌کنند.

در واقع، درخصوص هیچ مسئله‌اي نظريات ارائه شده از ناحیه داوران یکسان نیست، خواه مسئله در ارتباط با امور شکلي باشد و خواه در رابطه با ماهیت دعوي.

در مورد آئين داوري، طرز عمل داوران متفاوت است. بعضي‌ها مقررات حقوق بين‌الملل را در رفع اختلافات راجع به شکل رسيدگی صالح مي‌دانند و پاره‌اي به قانون محل داوري مراجعه مي‌کنند. عده ديگر ابتدا اراده طرفين را جستجو مي‌کنند و براساس آن قانون شکلي حاکم بر اختلاف را معين و اعمال مي‌نمایند، اما در صورتي‌که چنين قانوني از جانب طرفين معين نشده باشد، آنها قانون محل داوري را نسبت به مسئله مطروحه اجرا مي‌کنند. اين شيوه‌اي است که اکثر علمای حقوق از آن دفاع کرده‌اند و اغلب آرای داوري موجود براساس آن صادر شده است. حقوق بين‌الملل نوشته - کنوانسيونهاي بين‌المللي - نیز اين طرز فکر را به صورت قانون بين‌المللي پيشنهاد مي‌کند.

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

باتوجه به مراتب بالا این نظر اکثر مؤلفان را مبنی بر شناسایی آزادی عمل برای داوران بین‌المللی بر تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی - در صورت عدم قرینه‌ای بر اراده طرفین بر تعیین این قانون - باید مورد تأیید قرار داد. بدیهی است منظور از آزادی داور این نیست که او بتواند به میل خود هر قانونی را که حاکم بر اختلافات تشخیص می‌دهد، اعمال نماید. چنین تصمیمی به دلیل مخالفتش با نظم عمومی داخلی کشورها و حتی نظم عمومی بین‌المللی، در هیچ کشوری قابل پذیرش نخواهد بود. از طرف دیگر، داور نمی‌تواند تمام جنبه‌های روابط طرفین را با مراجعه به قانون قرارداد ارزیابی کند. مسائلی نظیر اهلیت طرفین، تعیین اعتبار شرط ضمان پیش‌بینی شده و در قرارداد و امثال آن تابع قانون قرارداد نیست. رعایت قواعد آمره کشورهای که به نحو مؤثری با اختلاف مرتبط هستند نیز برای داور ضروری است، و الا رأی وی در هیچ کجا مورد قبول قرار نخواهد گرفت.

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