

## امکان اعتراض به رأی داور به دلیل عدم اعمال عمدی قانون حاکم توسط داور

مرتضی شهبازی نیا \*

علی علی‌دادی ده‌کهنه \*\*

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/CILAMAG.2020.74618.1397

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۳/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۰۹

### چکیده

طرفین داوری می‌توانند قانون حاکم را تعیین کنند. در صورت عدم تعیین، داور بر اساس قواعد حل تعارض مناسب، آن را تعیین می‌کند. یکی از اصول مهم داوری، اصل قطعیت رأی داور است؛ لذا در صورت عدم رعایت قانون حاکم، از آنجا که در موجبات ابطال رأی داور، به عدم رعایت قانون حاکم تصریح نشده است، ظاهراً نقض اراده طرفین در تعیین قانون حاکم، اثری در ابطال رأی ندارد. اساس داوری اراده طرفین است و نباید به داور که صلاحیت خود را وام‌دار این اراده است اجازه داد آن را در تعیین قانون حاکم نادیده بگیرد. در مقابل، اصل قطعیت رأی داور نیز نباید نقض شود. نتایج پژوهش نشان داد اگرچه بازبینی رأی داور فراتر از موجبات مصرح در قانون مجاز نیست، طرفین می‌توانند موجبات مصرح در قانون را توسعه دهند. در مواردی نیز عدم رعایت قانون حاکم می‌تواند مصداق خروج از اختیار یا عدم رعایت بی‌طرفی باشد.

### واژگان کلیدی

رأی داور، قانون حاکم، بی‌توجهی آشکار، ابطال، قطعیت

\* shahbazinia@modares.ac.ir

\* نویسنده مسئول، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

\*\* alialidadidehkohneh@modares.ac.ir

\*\* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

## مقدمه

داوری مبتنی بر توافق طرفین است و طرفین با درج شرط داوری در قرارداد یا با توافق مؤخر، اختیار رسیدگی به اختلاف را به داور اعطا می‌کنند.

از آنجا که هدف طرفین از درج شرط داوری، حل و فصل اختلاف و جلوگیری از مراجعه به دادگاه است، قانونگذار نیز رأی داوری را قطعی و نهایی دانسته است. با وجود این، میزانی از نظارت دادگاه بر رأی داور، برای حفظ اعتبار داوری لازم است چرا که طرفین به‌طور مطلق به صدور رأی توسط داور رضایت نداده‌اند، بلکه ممکن است رضایت آن‌ها قیودی داشته باشد که لازم است داور آن‌ها را رعایت کند.

یکی از نمادهای احترام به اراده طرفین در داوری، حق آن‌ها برای تعیین قانون حاکم است. در همین راستا بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر داشته: «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد...». بنابراین چنانچه طرفین، قانونی را برای حاکمیت بر موضوع اختلاف تعیین کرده باشند، داور باید رأی خود را با استناد به آن قانون صادر کند. چنانچه قانون منتخب طرفین، مبهم یا ناقص باشد، داور می‌تواند آن را تفسیر یا تکمیل کند. بند ۴ ماده مذکور نیز که مدنظر قرارداد عرف بازرگانی و شرایط قرارداد را به داور تکلیف کرده، گزینه‌ای بر این اختیار است.

بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر داشته: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت دعوا رسیدگی خواهد کرد که به‌موجب قواعد حل تعارض، مناسب تشخیص دهد».

ابهامی که در خصوص این بند وجود دارد این است که مشخص نیست کلمه «مناسب» به «قواعد حل تعارض» برمی‌گردد یا به «قانون»؛ و این خود ابهام دیگری ایجاد کرده است. این بند، ترجمه‌ای ناقص از بند ۲ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال<sup>۱</sup> است و در آن این ابهام وجود دارد که آیا داور باید قانون مناسب را بر اساس قواعد حل تعارض تعیین کند؟ به عبارت دیگر، واژه «مناسب» به «قانون» برمی‌گردد یا اینکه قانون را بر اساس قواعد حل تعارض مناسب تعیین می‌کند؛ یعنی کلمه «مناسب» به قواعد حل تعارض برمی‌گردد؟<sup>۲</sup> علت ایجاد این ابهام در قانون داوری تجاری بین‌المللی، دوگانگی در خواندن متن قانون در اثر عدم استفاده از علائم نگارشی (در اینجا ویرگول) است که سبب شده معلوم نباشد «مناسب» به کدام کلمه برمی‌گردد. برحسب اینکه ویرگول، قبل یا بعد از واژه «مناسب» قرار گیرد، معنای عبارت متفاوت خواهد بود. در حالت اول،

۱. Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

۲. در قانون نمونه آنسیترال چنین ابهامی وجود ندارد و این ابهام به دلیل ترجمه ناقص قانون داوری تجاری بین‌المللی از قانون نمونه آنسیترال است.

«مناسب» به «قانون» برمی‌گردد و ماده بدین معناست که وظیفه داور، تعیین قانون مناسب است و او اختیاری در تعیین قاعده حل تعارض ندارد؛ گویی فرض بر این گذاشته شده که قاعده حل تعارض مشخص است و داور تنها این وظیفه را دارد که بر اساس آن قاعده، قانون مناسب را تعیین کند؛ اما در حالت دوم، «مناسب» به «قواعد حل تعارض» برمی‌گردد و ماده بدین معناست که داور وظیفه دارد قاعده حل تعارض مناسب را انتخاب و سپس قانون حاکم را بر اساس آن تعیین کند. برای رفع ابهام از این ماده می‌توان به سه دلیل استناد کرد:

۱- بند ۲ ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين‌المللى ايران، ترجمه بند ۲ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال است که مقرر داشته: «در صورت عدم تعیین قانون ماهوی حاکم از جانب طرفین، داورى، قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده تعیین گردد»<sup>۳</sup> و باید گفت مقصود قانون، بیان حکم مقرر در قانون نمونه آنسیترال است نه غیر آن، و «مناسب» به قواعد حل تعارض برمی‌گردد. ۲- اگر وظیفه داور، تعیین قانون مناسب، بر اساس قواعد حل تعارض باشد، این سؤال مطرح می‌شود که قاعده حل تعارضی که داور، قانون را بر اساس آن تعیین می‌کند کدام است؟ در خصوص حاکمیت قانون مقرر بر ماهیت داورى اختلاف وجود دارد و دو نظریه محلی‌سازی داورى و غیرمحلی‌سازی داورى مطرح شده است. بر اساس نظریه محلی‌سازی داورى، قانون مقرر داورى حاکم بر داورى است و تعیین مقرر داورى، داورى را به نظام حقوقی یک کشور پیوند می‌زند. نظریه غیرمحلی‌سازی داورى تلاش می‌کند داورى بين‌المللى را از قانون کشوری که داورى در قلمرو آن انجام می‌گیرد جدا کند، اعم از اینکه قانون شکلی باشد یا ماهوی.<sup>۴</sup> به عقیده پیروان این نظریه، در داورى، قانون مقرر وجود ندارد<sup>۵</sup> و نمی‌توان قواعد حل تعارض هیچ کشوری را بر داورى حاکم دانست.<sup>۶</sup> بنابراین اگر داور وظیفه تعیین قاعده حل تعارض مناسب را نداشته باشد، در صورت پذیرش نظریه غیرمحلی‌سازی داورى، تعیین قانون حاکم ناممکن می‌شود.

۳- اگر وظیفه داور، تعیین قانون مناسب بر اساس قواعد حل تعارض باشد، بر فرض پذیرش نظریه محلی‌سازی داورى، قاعده حل تعارض مقرر داورى حاکم است و آن قاعده به‌خودی‌خود، به یک قانون ارجاع داده و قانون حاکم را تعیین می‌کند. در این صورت وظیفه و اختیاری در خصوص تعیین قانون حاکم برای داور متصور نمی‌ماند.

۳. محبی، محسن و حسن کاویار؛ مجموعه مقررات جدید آنسیترال درباره داورى بين‌المللى، چاپ سوم، خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۲۷.

۴. صدیقی، بهاره و سیدمرتضی نیمی؛ «آثار حقوقی مقرر در داورى‌های تجارى بين‌المللى»، فصلنامه پژوهش‌های روابط بين‌الملل، دوره نخست، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۹۵، صص ۲۷۲-۲۷۱.

۵. شهبازی‌نیا، مرتضی و همکاران؛ «مفهوم نظم عمومی در حقوق بين‌الملل خصوصى و جایگاه آن در داورى تجارى بين‌المللى»، تهران، فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص ۱۰۷. همچنین: محسن صادقی؛ «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه‌قضایی و جلوه‌های نوین آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۸، تابستان ۱۳۸۴، ص ۹۸.

۶. برای بحث تفصیلی و دلایل نظرات محلی‌سازی و غیرمحلی‌سازی داورى، ن.ک: پیشین.

بنا به دلایل فوق باید گفت: وظیفه داور، انتخاب قاعده حل تعارض مناسب و سپس تعیین قانون حاکم بر اساس آن قاعده حل تعارض است.<sup>۷</sup>

تعیین قانون حاکم، حق طرفین است و داور باید بر اساس آن به اختلاف رسیدگی کند اما ممکن است داور خواست و اراده طرفین را نادیده گرفته و قانونی غیر از قانون منتخب طرفین را بر اختلاف حاکم و در صدور رأی به آن استناد کند. در چنین حالتی به علت قطعی بودن رأی داور، اختیار طرفین و قطعیت رأی داوری در مقابل هم قرار می‌گیرند.

قطعیت رأی نیز خواست طرفین است و اراده طرفین بر این بوده که با صدور رأی داوری، اختلاف خاتمه یابد و محاکم قضایی در آن دخالت نداشته باشند اما طرفین راضی و پایبند به صدور حکم با هر روشی نیستند.<sup>۸</sup> لازم است امکان ابطال رأی داوری در موارد مشخصی وجود داشته باشد تا اطمینان حاصل شود که رأی با رعایت اصول مهم دادرسی، بی‌طرفی، انصاف و عدالت صادر شده است.<sup>۹</sup>

لازم به ذکر است اعمال اشتباه مفاد قانون حاکم، متفاوت از عدم رعایت قانون حاکم است و موضوع این مقاله، تنها عدم رعایت قانون حاکم و استناد به قانونی دیگر است و شامل اعمال اشتباه مفاد قانون حاکم نمی‌شود.

با توجه به عدم تصریح قانون داوری تجاری بین‌المللی به عدم رعایت قانون حاکم به‌عنوان موجبی برای ابطال یا بطلان رأی داوری، آیا امکان اعتراض به رأی داور، به علتی خارج از موارد ذکر شده در قانون (عدم رعایت قانون حاکم) وجود دارد؟ آیا طرفین می‌توانند چنین موجبی را به موجبات ابطال رأی داور بیفزایند؟

### ۱. بررسی امکان افزودن به موجبات ابطال رأی داور

موافقت‌نامه، اساس و مبنای داوری است و داور باید تابع اراده طرفین باشد، اما از آنجا که ابطال رأی داوری در صلاحیت دادگاه است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا دادگاه رسیدگی‌کننده به ابطال رأی داوری نیز باید تابع اراده طرفین بوده و به خواست آنان مبنی بر افزودن موجبی به موجبات ابطال، گردن نهد؟ در پاسخ به این سؤال، دو دیدگاه موافق و مخالف وجود دارد.

مخالفین افزودن به موجبات ابطال یا بطلان رأی داور بر اساس قرارداد معتقدند با توجه به انحصاری بودن موجبات اعتراض به رأی داور، طرفین نمی‌توانند موجبی را به این موجبات بیفزایند

۷. همچنین، ن.ک: صدیقی و نعیمی؛ همان، ص ۲۷۸.

۸. لالیو، پیر، «اجرای احکام داوری بین‌المللی»، ترجمه: سوسن خطاطان، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۱۶ و ۱۷، زمستان ۱۳۷۲، ص ۳۸۴.

9. Håkansson, E., "The Challenge of Arbitral Awards: Arbitrators' Application of the "Wrong" Substantive Law-a Ground for Challenge", MA Thesis, *Uppsala University*, 2014, p. 2.

و درج چنین شرطی در قرارداد ارجاع به داوری، خلاف قانون بوده و قانون هیچ‌گونه نظارت قضایی فراتر از موجبات مندرج را مجاز نمی‌داند.<sup>۱۰</sup>

گروهی که معتقدند طرفین می‌توانند بر اساس قرارداد، موجبی را به موجبات اعتراض به رأی داور بیفزایند<sup>۱۱</sup> استدلال می‌کنند از آنجا که هیچ ماده‌ای در قانون صراحتاً طرفین را از افزودن به موجبات اعتراض به رأی داوری، مجاز یا منع نکرده و رویه‌ای نیز در این خصوص وجود ندارد، باید دید آیا افزودن به موجبات اعتراض به رأی داور، خلاف قواعد آمره هست یا خیر. براساس معتقد است باید بر این سؤال متمرکز شد که آیا افزودن به موجبات اعتراض به رأی داور، خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه هست یا خیر؟ وی پاسخ می‌دهد قوانین داوری در موارد زیادی پذیرفته‌اند که طرفین بتوانند متن قانون را تغییر دهند و اجمالاً باید گفت تغییر بخشی از مفاد قانون حاکم بر داوری، اصولاً خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه نیست.<sup>۱۲</sup>

به نظر نگارندگان، علت محدودبودن موجبات اعتراض به رأی داور در قانون، احترام به اراده طرفین است چرا که غایت طرفین از ارجاع اختلاف به داوری این است که با طی فرایند داوری، اختلاف حل شود و برای حل اختلاف، نیازمند مراجعه به دادگاه نباشند. اساس و مبنای داوری نیز اراده و خواست طرفین است. محدودبودن موجبات ابطال و بطلان رأی داور نیز در همین راستاست. بنابراین اگر طرفین بخواهند موجبی را به موجبات ابطال یا بطلان رأی بیفزایند، ممانعت از آن توجیه منطقی ندارد و اگر طرفین مجاز به این اقدام نباشند، با اراده طرفین که محدودبودن موجبات اعتراض به رأی نیز در راستای احترام به آن است و اساس و مبنای داوری را تشکیل می‌دهد، مغایرت دارد و در واقع نقض غایت بوده و نتیجه چنین است که به‌خاطر احترام به اراده طرفین مبنی بر قطعیت رأی داور، اراده آن‌ها در نخواستن تمام این اراده مفروض پذیرفته نشود؛ حال آنکه اراده طرفین برای قطعی‌بودن رأی، از اراده ضمنی آن‌ها استنتاج شده، در حالی که نخواستن قطعیت رأی در موردی خاص، با درج در قرارداد، حاصل اراده صریح آن‌هاست و در جایی که طرفین صراحتاً اراده خود را بیان داشته‌اند، استناد به کشف اراده ضمنی مجاز نیست.

## ۲. استناد به عدم رعایت قانون حاکم، بدون توافق طرفین

اگر طرفین در خصوص افزودن عدم رعایت قانون حاکم به موجبات ابطال رأی داوری توافقی

10. Milone, N., "Arbitration: The Italian Perspective and the Finality of the Award", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, No. 6, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1986040>, p. 8.; Braslow, N. T. "Contractual Stipulation for Judicial Review and Discovery in United States-Japan Arbitration Contracts". *Seattle UL Rev.*, Vol. 27, 2003, p. 702.

11. Olivier, A., "Judicial Review of Arbitral Awards". *Dispute Resolution Journal*, Vol. 54(3), 23, 1999, p. 7.

12. Braslow, N. T. *op.cit.*, p. 702.

نکرده باشند و داور قانون حاکم را نادیده بگیرد، آیا دادگاه می‌تواند رأی داور را با استناد به عدم رعایت قانون حاکم ابطال کند؟

استناد به عدم رعایت قانون حاکم جهت اعتراض به رأی داور، به‌عنوان موجبی مستقل، نخستین بار در ۱۹۵۳ در دعوی ویلکو علیه سوآن<sup>۱۳</sup> در امریکا و بر اساس نظریه بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم<sup>۱۴</sup> مطرح شد. طبق این نظریه، اگرچه ماده ۱۰ قانون داوری امریکا حاوی موجبی تحت عنوان نادیده‌گرفتن قانون حاکم نیست، بی‌توجهی آشکار به قانون، به‌عنوان مبنای اختصاصی برای ابطال رأی داور، در ایالات متحده به‌وسیله رویه‌قضایی ایجاد شده<sup>۱۵</sup> و بر اساس آن اگر داور، آشکارا به قانون منتخب طرفین بی‌توجهی کرده باشد می‌توان رأی وی را با استناد به بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم ابطال کرد.<sup>۱۶</sup>

اگرچه نظریه بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم، به‌عنوان موجبی مستقل برای ابطال رأی داور، سال‌هاست وجود دارد، به‌ندرت از آن استفاده شده و تعداد کمی از دادگاه‌های امریکا، حکم به ابطال رأی داور به علت بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم صادر کرده‌اند.<sup>۱۷</sup> یکی از دلایل این امر، دشواری تعیین دقیق مصداق بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم است.<sup>۱۸</sup>

از دیدگاه نظریه‌پردازان این نظریه، بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم نباید اشتباهی ساده باشد بلکه باید عمدی بوده و عمد داور در بی‌توجهی به قانون حاکم اثبات شود تا بتواند موجبی مستقل برای اعتراض به رأی داور باشد.<sup>۱۹</sup>

دکترین، شرط سومی نیز به نظریه بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم افزوده و گفته است: اشتباه باید آشکار و واضح باشد و توسط داور متعارف، به‌سرعت قابل‌فهم باشد و این را عنصر روانی<sup>۲۰</sup> نامیده‌اند.<sup>۲۱</sup>

13. *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953).

14. Manifest Disregard of the Applicable Law

15. David Rivkin, *The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience / Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, Paris, A.J. van den Berg ed., Kluwer Law International, 1999, pp. 4-6.

16. Paulsson, J. et J. Bertrand de Blanda, *l'exécution des sentences arbitrales dans les pays de common law, l'exécution des sentences arbitrales*, publication CCIN 440/6, 1992, p. 72.

به نقل از لعیا جنیدی؛ اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، چاپ سوم، شهر دانش، ۱۳۹۲، ص ۱۳۸.

17. *Ibid.*

18. Jujjavarapu, Aparna D., "Judicial Review of International Commercial Arbitral Awards by National Courts in the United States and India". LLM Theses, 82. *University of Georgia School of Law*, 2007, pp. 14-15.

19. Milone, N., *op.cit.*, p. 8. and Wolpert, I. C., "Arbitrator Manifestly Disregards the Law-Fourth Circuit Vacates Arbitration Award". *Dispute Resolution Journal*, Vol. 69(1), 33, 2014, p. 3.

20. *Mens rea*

21. Jujjavarapu, Aparna D. *op.cit.*, p. 28.

طبق دکترین *دراهوژال*<sup>۲۲</sup> نیز تنها در جایی که داور قوانین آمره بین‌المللی را نادیده گرفته باشد، بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم به‌عنوان موجبی برای ابطال رأی داور قابل پذیرش است.<sup>۲۳</sup> قوانین برخی کشورها نیز تجدیدنظرخواهی از رأی داوری را که حاوی اشتباهی جدی باشد، صراحتاً به‌عنوان موجبی برای ابطال رأی داور مقرر داشته‌اند.<sup>۲۴</sup>

در مقابل پیروان نظریه بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم به‌عنوان موجبی برای ابطال رأی داور، مخالفان آن معتقدند داور ملزم به اجرای قانون منتخب طرفین نبوده و بنا به صلاحدید می‌تواند قانون مدنظر خود را اعمال کند.<sup>۲۵</sup>

مخالفان پذیرش بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم به‌عنوان موجبی برای ابطال رأی داور استدلال می‌کنند: نظارت گسترده بر رأی داوری با استناد به اشتباهات داور، رأی داوری را مانند احکام دادگاه‌های نخستین، در معرض تجدیدنظرخواهی قرار داده و در نهایت، این دادگاه‌ها هستند که تصمیم قطعی و نهایی را اتخاذ خواهند کرد. در نتیجه، داوری بهبود یافته و حاصل آن جز صرف وقت و پرداخت هزینه اضافی نیست و با اراده طرفین نیز ناسازگار است زیرا هدف طرفین از درج شرط داوری، فصل خصومت از طریق داوری و عدم مراجعه به دادگاه است؛ ضمن اینکه هیچ‌کس نمی‌تواند ادعا کند رأی دادگاه صحیح‌تر و عادلانه‌تر از رأی داور است و قاضی دادگاه نیز محتمل است دچار اشتباه شود و چه‌بسا قاضی رسیدگی‌کننده، تصمیم صحیح داور را با تصمیم اشتباه خود تغییر دهد. بعضی نویسندگان نیز اصل محدودبودن بازنگری رأی داوری را اصل کلی حقوق داوری بین‌المللی و کنوانسیون نیویورک دانسته‌اند<sup>۲۶</sup> اما برخی نویسندگان دیگر وجود چنین اصلی را در سطح نظام‌های حقوقی دنیا انکار کرده‌اند.<sup>۲۷</sup>

چون دعوی اعتراض به رأی داور، از نظام حقوقی داخلی کشورها تبعیت می‌کند نمی‌توان گفت هیچ‌گونه اصل بین‌المللی به مفهوم قاعده حقوقی الزام‌آور جهت منع بازنگری ماهوی رأی داور وجود ندارد. در بررسی نظام‌های حقوقی ملی، چنین اصلی در اکثر آن‌ها قابل استنباط بوده و

22. Christopher R. Drahozal

23. Huber, S. K., "State Regulation of Arbitration Proceedings: Judicial Review of Arbitration Awards by State Courts", *Cardozo J. Conflict Resol.* Vol. 10, 509, 2008, pp. 560-561.

24. Rutledge, P. B., "On the Importance of Institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors", *J. Int'l. Arb.*, 2002, p. 69.

به نقل از: علیرضا ایرانشاهی؛ *اعتراض به رأی داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۱۵.

25. Braslow, N. T, *op.cit.*, pp. 663-666.

26. Heuman, L., & Millqvist, G., "Swedish Supreme Court Refuses to Enforce an Arbitral Award Pursuant to the Public Policy Provision of the New York Convention", *J. Int'l Arb.*, Vol. 20, 2003, Van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer/Antwerp/Boston/London/Frankfurt, 1981, p. 64.

به نقل از ایرانشاهی؛ همان، ص ۲۱۳.

27. Dammann, A., "Vacating Arbitration Awards for Mistakes of Fact", *Rev. Litig.*, Vol. 27, 2007, p. 444.

به نقل از پیشین.

کنوانسیون نیویورک نیز مؤید وجود چنین اصلی است. ممنوعیت بازنگری ماهوی رأی داور در مواردی به تأیید دادگاه‌ها نیز رسیده است. دادگاه‌های کشورهای پیرو قانون نمونه آنسیترال تأکید کرده‌اند هیچ بازنگری در ماهیت رأی داور بر اساس ماده ۳۴ قانون نمونه مجاز نیست.<sup>۲۸</sup> حتی در کشورهایی مانند آمریکا نیز که اعتراض به رأی داور را بر اساس برخی موجبات ماهوی مجاز دانسته‌اند، قاعده کلی منع بازنگری در رأی داور به علت اشتباهات ماهوی پذیرفته شده است.<sup>۲۹</sup>

امروزه با عنایت به شکل‌گیری اصل ممنوعیت بازنگری ماهوی رأی داور تجاری بین‌المللی در اغلب منابع بین‌المللی و داخلی، به‌ویژه با عنایت به کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داور خارجی و قانون نمونه آنسیترال و الگوبرداری نظام‌های حقوقی ملی از آن، نظارت قضایی بر رأی داور تجاری بین‌المللی به استناد اشتباه داور منتفی شده و بازنگری همه‌جانبه رأی داور توسط دادگاه ممنوع است.<sup>۳۰</sup>

با توجه به اینکه اصل بر قطعیت رأی داور است و قانون داور تجاری بین‌المللی ایران، در مواد ۳۳ و ۳۴، موجبات اعتراض به رأی داور را مشخص کرده، نباید اجازه بازبینی رأی داور را فرای آنچه در این قانون ذکر شده است به دادگاه‌های ملی داد چرا که اصل بر قطعیت رأی داور است و نباید در تقابل قطعیت رأی داور با بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم به‌عنوان موجبی برای ابطال رأی داور، که در تقسیم‌بندی موجبات ابطال به موجبات عمومی و اختصاصی، از موجبات اختصاصی است که مورد قبول کشورهای زیادی واقع نشده و فاقد مقبولیت جهانی است، اصل قطعیت رأی داور که مورد قبول اکثر نظام‌های حقوقی ملی و بین‌المللی بالأخص قانون نمونه آنسیترال است نقض شود بلکه این دکترین بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم، به‌عنوان موجبی مستقل برای ابطال رأی داور است که باید طرد شود.

رأی داور همچنین در سایه اصل صحت نیز هست و دادگاه‌های ملی در موارد تردید میان شناسایی و رد رأی داور باید با استناد به اصل صحت، آن را شناسایی و اجرا کنند.<sup>۳۱</sup>

28. Stefan K., "Setting Aside Proceeding in Model Law Jurisdictions", *International Arbitration Law Review*, 2006, p. 3.

به نقل از: پیشین.

29. Dammann, A., *op.cit.*, p. 486.

به نقل از ایرانشاهی؛ همان، ص ۲۱۴.

۳۰. پیشین، صص ۲۱۱-۲۱۰.

31. Hobér, K., *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 22.



### ۳. عدم رعایت قانون حاکم مصداق موجبات قانونی اعتراض به رأی داور

همان‌طور که گفته شد، عدم رعایت قانون حاکم، در صورتی که طرفین، توافقی در افزودن آن به موجبات اعتراض به رأی داور ننموده باشند، به‌عنوان موجبی مستقل برای اعتراض به رأی داور قابل پذیرش نیست.

حال که مشخص شد بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم، به‌عنوان موجبی مستقل برای اعتراض به رأی داور در نظام حقوقی ایران قابل دفاع نیست، آیا عدم رعایت قانون حاکم توسط داور، فاقد ضمانت اجراست و رأی صادره باید اجرا شود؟ گفته شد اساس و مبنای داوری، اراده و اختیار طرفین آن است و بدون وجود این اراده، داور اساساً صلاحیتی برای رسیدگی به اختلاف ندارد. حال چگونه ممکن است داور، اراده طرفین در خصوص تعیین قانون حاکم را نادیده بگیرد اما به رأی وی خدشه‌ای وارد نشود؟ برای برون‌رفت از این وضعیت باید راه‌حلی میانه انتخاب کرد تا هم قطعیت رأی داوری و هم اراده طرفین حفظ شود.

اگرچه بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم، به‌عنوان موجبی مستقل برای اعتراض به رأی داور قابل قبول نیست، در صورتی که بتوان برای اعتراض به رأی که در آن نسبت به قانون حاکم بی‌توجهی شده است، به یکی از موجبات اعتراض به رأی داور که در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر شده است استناد کرد چرا نباید این اعتراض را مجاز دانست؟ آیا صرف اینکه عدم رعایت قانون حاکم به‌عنوان یکی از مصادیق آن موجبات واقع شده است باید اعمال آن موجب را منع کرد؟ چه توجیهی برای چنین منعی متصور است؟ به نظر نگارندگان، در مواردی که بتوان عدم رعایت قانون حاکم را به یکی از موجبات مصرح قانون ارجاع داد، هیچ منعی برای اعتراض به رأی داور با استناد به آن موجب وجود ندارد.

در بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی، به مخالفت رأی با قواعد آمره قانون داوری تجاری بین‌المللی، به‌عنوان یکی از موجبات بطلان رأی داوری تصریح شده است. آیا ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی که مقرر داشته داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد، مصداقی از قواعد آمره این قانون است؟ قوانین آمره در برابر قوانین تکمیلی قرار داشته و مجموعه قوانینی هستند که تراضی خلاف آن‌ها پذیرفته نیست<sup>۳۲</sup> و به‌طور مطلق ایجاد تکلیف می‌کنند اما قواعد تکمیلی در صورتی ایجاد الزام می‌کنند که خلاف آن‌ها تراضی نشده باشد. هرگاه قانون مربوط به نظم عمومی باشد، امری، و هرگاه هدف از وضع قانون تنها حفظ منافع خصوصی افراد باشد، تکمیلی است. اگرچه ضابطه ارتباط با نظم عمومی دارای مفهوم وسیعی است و تعریف دقیقی ندارد و امری نسبی است که به اقتضای زمان و مکان

۳۲. سیدی، جوادی؛ درآمدی بر قابلیت ارجاع در داوری تجاری بین‌المللی، جنگل، ۱۳۹۲، ص ۱۹.

قابل تغییر است،<sup>۳۳</sup> قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی هستند که هدف آن‌ها حفظ منافع عمومی است و تجاوز به آن‌ها جریان امور اداری یا سیاسی یا خانواده را بر هم می‌زند.<sup>۳۴</sup>

در حقوق بین‌الملل، نظم عمومی مفهومی مضیق‌تر و درجه‌ای شدیدتر دارد و تنها شامل مواردی می‌شود که منافع حیاتی جامعه را به خطر اندازد یا با اخلاق مورد احترام مردم برخورد شدیدی داشته باشد.<sup>۳۵</sup> نقض قواعد اجباری تنها وقتی می‌تواند موجب ابطال یا امتناع از شناسایی و اجرای رأی داوری بین‌المللی شود که از چنان اهمیت بالایی برخوردار باشد که به سطح نظم عمومی به مفهوم بین‌المللی آن برسد.

بنابراین در دعوای بطلان رأی داوری به استناد بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی جهت استناد به مغایرت مفاد رأی با قواعد آمره قانون مذکور، نظم عمومی به‌عنوان مبنایی برای پذیرش یا عدم پذیرش درخواست، ملاک قرار می‌گیرد<sup>۳۶</sup> و بدیهی است مفاد رأی صرفاً به مسائل ماهیتی رأی داوری مربوط است و قانون مذکور که بیشتر شکلی است، فاقد قاعده آمره در خصوص مفاد رأی داوری است. لذا حذف عبارت مذکور به شفاف‌سازی هرچه بیشتر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران کمک می‌کند<sup>۳۷</sup> و در هر صورت، مغایرت رأی با نظم عمومی است که می‌تواند موجب بطلان رأی داور شود. با توجه به آنچه در خصوص نظم عمومی به‌ویژه در عرصه بین‌المللی گفته شد، پذیرش عدم رعایت قانون حاکم به‌عنوان مصداق مغایرت با نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی، دشوار به نظر می‌رسد و لذا نگارندگان، فرض را بر عدم پذیرش آن قرار داده و به دنبال راه دیگری برای ایجاد تعادل میان اصل قطعیت رأی داوری و احترام به اراده طرفین هستند.

گذشته از بحث مغایرت با نظم عمومی، نظراتی وجود دارد که اعتراض به رأی داور به علت

۳۳. شهبازی‌نیا، مرتضی و همکاران؛ ۱۳۹۲، همان، صص ۹۴ و ۹۶. ارفع‌نیا، بهشید؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد ۲، بهتاب، ۱۳۸۹، صص ۱۸۵-۱۸۴. صادقی؛ همان، صص ۹۱-۹۰. ایرانشاهی، علیرضا؛ «بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۴، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۷۶؛ حدادی، مهدی؛ «مفهوم و کارکرد نظم عمومی در حقوق بین‌الملل با نظام‌های حقوق ملی»، مجله علمی حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۵۹.

۳۴. کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ هفتادونهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، صص ۱۵۸-۱۶۱. الماسی، نجادعلی؛ تعارض قوانین، چاپ بیست‌ودوم، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۸؛ همو؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، میزان، ۱۳۸۲، صص ۱۸۲-۱۸۳؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۵۱۹، شماره ۴۱۰۴.

۳۵. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق انتقالی، چاپ چهارم، میزان، ۱۳۸۹، ص ۹۷. صادقی؛ همان؛ ص ۹۵.

۳۶. طباطبایی‌نژاد، محمد؛ «نظارت قضایی بر اعمال قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، ص ۶۷.

۳۷. ایرانشاهی؛ ۱۳۹۰، همان، ص ۱۰۱.

عدم رعایت قانون حاکم را با استناد به یکی از موجبات مصرح در قانون تأیید کرده‌اند که در زیر به آن‌ها اشاره می‌شود.

به نظر *الیویر*<sup>۳۸</sup> می‌توان عدم استعمال صحیح قانون از سوی داور را نوعی بدرفتاری و سوءرفتار تلقی<sup>۳۹</sup> و بر اساس آن رأی داور را ابطال کرد.

برخی دادگاه‌ها که بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم را موجبی مستقل برای ابطال رأی داورى نمی‌دانند نیز معتقدند اگر نسبت به قانون حاکم، آشکارا بی‌توجهی شده باشد می‌توان با استناد به سوءرفتار داور یا خروج وی از محدوده اختیاراتش، به رأی او اعتراض کرد و او مجاز نیست آگاهانه قانون حاکم را نادیده بگیرد.<sup>۴۰</sup>

به نظر هویر نیز اعمال قانون اشتباه توسط داور می‌تواند بر مبنای موجبات خروج از اختیار و وجود بی‌نظمی در روند دادرسی مورد اعتراض واقع شود.<sup>۴۱</sup>

به نظر *هکَنسون*، اعتراض به رأی داور به دلیل عدم رعایت دستور طرفین در خصوص قانون حاکم، بر مبنای دو مورد از موجبات مصرح در قانون داورى سوئد امکان‌پذیر است و آن موارد عبارت‌اند از: خروج از اختیار و وجود بی‌نظمی در رسیدگی.<sup>۴۲</sup>

در ماده ۳۳ قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران، دو بند وجود دارد که با نظرات بالا قابل انطباق است و به نظر می‌رسد در صورت بی‌توجهی داور نسبت به قانون حاکم می‌توان با استناد به آن‌ها به رأی اعتراض کرد. این موجبات عبارت‌اند از: خروج از اختیار و عدم رعایت بی‌طرفی.

### ۳-۱. خروج از اختیار

بند (ه) ماده ۳۳ قانون داورى تجارى بین‌المللى به خروج از اختیار به‌عنوان یکی از موجبات ابطال رأی داور تصریح کرده است. در ادامه دکتربین و رویه‌قضایی در خصوص رابطه عدم رعایت قانون حاکم با خروج از اختیار بررسی می‌شود.

دکتربین: انتخاب قانون حاکم توسط طرفین سبب قابلیت پیش‌بینی نتیجه داورى است و تخطی از قانون منتخب می‌تواند بر نتیجه رأی اثر بگذارد. به همین جهت قانون منتخب طرفین، ارتباط نزدیکی با اختیار داوران پیدا می‌کند.<sup>۴۳</sup> میزان اختیار داور طبق موافقت‌نامه داورى که پایه و اساس داورى است تعیین می‌شود و داور متعهد است از خواست طرفین پیروی کند. از این‌رو تخطی از قانون

38. Olivier

39. Olivier, A., *op.cit.*, p. 5.

40. Huber, S. K., *op.cit.*, p. 560.

41. Hobér, S. K., *op.cit.*, p. 35. (as cited in Håkansson, E., *op.cit.*, p. 11).

42. Håkansson, E., *op.cit.*, p. 24.

43. Hobér, K. *op.cit.*, p. 313 (as cited in Håkansson, E., *op.cit.*, pp. 33-34).

منتخب که جزئی از موافقت‌نامه داوری است، موجب خروج داور از محدوده اختیاراتش می‌شود.<sup>۴۴</sup> به زعم لرد آتکینز،<sup>۴۵</sup> برای اینکه داوری روش ارجح حل اختلاف بماند باید احترام به اختیار طرفین و قطعیت رأی داور متعادل شوند و برای استعمال قانون اشتباه توسط داور باید چاره مؤثری اندیشید؛ قانون منتخب طرفین، ارتباط نزدیکی با صلاحیت داور دارد و منطقی است اگر داور قانون اشتباهی را اعمال کند، طرفین بتوانند به رأی اعتراض کنند. وی همچنین معتقد است که قطعیت چیز خوبی است اما عدالت بهتر است.<sup>۴۶</sup>

بررسی تاریخچه قانون داوری سوئد نیز امکان اعتراض به رأی داور را در جایی که داور قانون را اشتباه اعمال کرده باشد، بر مبنای خروج از اختیار، به رسمیت شناخته است. در مقابل، استعمال غلط قانون ماهوی حاکم نمی‌تواند دلیلی برای اعتراض به رأی باشد.<sup>۴۷</sup>

رویه قضایی: در رویه قضایی آمریکا، دادگاه شعبه نهم، بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم را مشمول موجبات مصرح در قانون داوری فدرال، مخصوصاً بند ۴ ماده ۴۸۱۰ تعریف کرد. دادگاه شعبه هفتم نیز بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم را نافرمانی داور از قانون یا اصول تعیین شده در قرارداد داوری تعریف کرد. مطابق نظر این شعبه، بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم به مفهوم اخص، با آنچه در بند ۴ ماده ۱۰ قانون داوری آمریکا پذیرفته شده مطابقت دارد. شعب دوم و نهم نیز مقرر داشتند بی‌توجهی آشکار به قانون حاکم با تفسیر قضایی بند ۴ ماده ۱۰ قانون داوری فدرال آمریکا می‌تواند موجبی برای ابطال رأی داور باشد.<sup>۴۸</sup>

اصلی تحت عنوان “*jura novit curia*” در دادگاه‌های سوئد اعمال می‌شود و دلالت بر این دارد که اختیار داور به وسیله حدودی که طرفین تعیین کرده‌اند محدود می‌شود.<sup>۴۹</sup> اعمال این اصل به‌ویژه جایی که طرفین داوری از کشوری باشند که این اصل را به رسمیت نشناسد، محل بحث است اما در هر صورت داوران نباید از محدوده تعیین شده توسط طرفین فراتر بروند و تا وقتی از شروط موافقت‌نامه داوری و دستورالعمل‌های ملحق به آن پیروی کنند، از محدوده اختیار خود خارج نشده و آزادی قابل توجهی در کنترل روند رسیدگی دارند.<sup>۵۱</sup>

44. Scodro, M. A., “Deterrence and Implied Limits on Arbitral Power”. *Duke Law Journal*, 2005, p. 571; Håkansson, E., *op.cit.*, p. 34, and Håkansson, E., *op.cit.*, p. 34.

45. Lord Atkins

46. Håkansson, E., *op.cit.*, p. 59.

47. Håkansson, E., *op.cit.*, p. 31.

48. بند ۴ ماده ۱۰ قانون داوری آمریکا، بیانگر خروج از اختیار به‌عنوان موجبی برای ابطال رأی داوری است.

49. Grenig, J. E., “After the Arbitration Award: Not Always Final and Binding”. *Marq. Sports L. Rev.*, 2014, p. 95.

50. Madsen, F., *Commercial Arbitration in Sweden*. Oxford University Press, 2007, p. 228 (as cited in Håkansson, E., *op.cit.*, p. 25).

51. Håkansson, E., *op.cit.*, pp. 25-26.

در اختلاف سال ۲۰۰۵ بين جی/اس سی/ایروفلات<sup>۵۲</sup> روسیه و همکاران سرمایه گذار بين المللی، با انتخاب دو قانون ماهوى در موافقت نامه داورى و قيد اينکه تفسیر موافقت نامه بر اساس قانون روسیه و ایالت نیویورک است، برای دادگاه تجدیدنظر "Svea" مشکلی به وجود آمد چرا که قوانين ماهوى راجع به مرور زمان، در این دو قانون متناقض بود.<sup>۵۳</sup> دادگاه توضیح داد در جایی که قوانين ماهوى متناقض باشند، محکمه داورى باید تصمیم بگیرد کدام قانون را اعمال کند و این امر خروج از اختیار تلقی نمی شود بلکه بخشی از اختیار داور است و خروج از اختیار، مختص مواردی است که داور، قانون منتخب طرفین را عمداً نادیده بگیرد.<sup>۵۴</sup>

در پرونده های *Amco Asia* کورپوریشن علیه اندونزی<sup>۵۵</sup> و *Kloknor* علیه کامرون،<sup>۵۶</sup> دادگاه رسیدگی کننده به رأی داور مقرر داشت: داور با حاکم کردن قانون اشتباه و تصمیم گرفتن بر اساس انصاف، از محدوده اختیاراتش خارج شده است.

در پرونده "Nja 1937" و "Jansson vretroype" دادگاه مقرر داشت: برای اطمینان از اینکه هیچ اشتباه مهمی در صدور رأی رخ نداده است، موضوعات ماهوى نیز می توانند بازبینی شوند.<sup>۵۷</sup>

مخالفان عدم رعایت قانون حاکم به عنوان مصداق خروج از اختیار، استدلال می کنند وظیفه داور، حل اختلافات طرفین است اعم از اینکه قانون حاکم را درست اعمال کند یا خیر، و اعمال قانونی غیر از قانون منتخب طرفین، داور را از محدوده اختیاراتش خارج نمی کند.<sup>۵۸</sup> این استدلال متقاعدکننده نیست و به جای تمرکز بر اراده طرفین در خصوص قانون حاکم، بر وظیفه داور متمرکز است. اگرچه وظیفه داور حل اختلاف است، او ملزم است وظیفه اش را در محدوده ای که طرفین به او اختیار داده اند انجام دهد چرا که قانون منتخب طرفین با شرط داورى که اساس اختیار داور و بخش جدایی ناپذیر آن است ارتباط نزدیکی دارد و می تواند اختیارات داور را محدود کند.<sup>۵۹</sup>

طرفین به موافقت نامه داورى به صورت یک کل جدایی ناپذیر رضایت داده اند. بنابراین نباید آن را تفکیک و شرط ارجاع اختلاف به داورى را از آن اقتباس کرد اما قيد تعیین قانون حاکم را نادیده گرفت. طرفین با این قيد به داورى رضایت داده اند که بر اساس قانونی که در متن موافقت نامه

52. Svea Court of Appeal's Judgment 21 February 2005 (T 1164-03), *JSC Aeroflot Russian Airlines v Russo International Venture Inc and MGM Productions Group Inc*.

53. Hobér, K. *op.cit.*, p. 322 (also cited in Håkansson, E., *op.cit.*, p. 40).

54. Håkansson, E. *op.cit.*, pp. 40-41.

55. *Amco Asia Corporation v Indonesia*

56. *Klöckner v Cameroon*

57. Håkansson, E., *op.cit.*, pp. 51-54.

58. Lindskog, S., *Skiljeförfarande- En kommentar*. Norstedts juridik, 2005, p. 874. (as cited in Håkansson, E., *op.cit.*, p. 34).

59. Håkansson, E., *op.cit.*, p. 34.

تعیین کرده‌اند به اختلافشان رسیدگی شود. به همین جهت باید اختیارات داور را محدود به موردی دانست که قانون منتخب طرفین را اعمال می‌کند و در صورتی که او قانون منتخب را نادیده بگیرد از محدوده اختیاراتش خارج شده است. این استدلال در فرض زیر با ایراد مواجه می‌شود:

محتمل است طرفین در موافقت‌نامه داوری، قانون حاکم را تعیین نکرده و طی تصمیمی جدا از موافقت‌نامه داوری، قانون حاکم را تعیین کنند. در این صورت نمی‌توان گفت تعیین قانون حاکم، قید موافقت‌نامه داوری است. برای پاسخ به این ایراد باید توجه داشت که طرفین در هر مرحله از داوری می‌توانند با توافق، از ارجاع اختلاف به داور رجوع و صلاحیت رسیدگی را از او سلب کنند. بنابراین در خصوص تغییر مفاد موافقت‌نامه داوری نیز به طریق اولی می‌توانند اقدام کرده، قیدی را به آن افزوده یا از آن کم کنند و در واقع، تعیین قانون حاکم، قیدی الحاقی برای موافقت‌نامه داوری بوده و اختیارات داور را محدود می‌کند و از این حیث تفاوتی با قانون تعیین شده در موافقت‌نامه داوری ندارد.

### ۲-۳. خروج از بی‌طرفی

بی‌طرفی، مربوط به وضعیت ذهنی داور بوده و به معنای آن است که داور نباید به سود یکی از اصحاب دعوا موضع‌گیری کند. از آنجا که اثبات خروج واقعی داور از بی‌طرفی به‌سادگی امکان‌پذیر نیست، به احراز خروج ظاهری، بر اساس معیارهای نوعی و ترکیب آن با معیارهای شخصی بسنده شده و بر اساس آن، احتمال خروج واقعی داور از بی‌طرفی احراز می‌شود.<sup>۶۰</sup>

تعیین قانون حاکم، نقشی اساسی در تعیین نتیجه اختلاف دارد و با مشخص شدن قانون حاکم، نتیجه اختلاف تا حدی قابل پیش‌بینی می‌شود. بدین جهت، عدم رعایت قانون حاکم می‌تواند تأثیر بسزایی بر نتیجه اختلاف بگذارد و حتی محکوم‌علیه و محکوم‌له دعوا را تغییر دهد.

علاوه بر تشخیص قاعده حل تعارض مناسب و تعیین قانون حاکم در صورت عدم تعیین توسط طرفین، تفسیر یا تکمیل قانون حاکم نیز در صورت لزوم بر عهده داور بوده و او مکلف است رأی خود را با استناد به قانون حاکم صادر کند، مگر اینکه طرفین به وی اجازه صلح و سازش داده باشند.

داور همیشه از قانون حاکم آگاه است چرا که یا طرفین آن را تعیین کرده‌اند و به اطلاع وی رسانده‌اند یا خود او آن را تعیین کرده است. بدین جهت اگر در صدور رأی، به قانونی غیر از قانون تعیین شده استناد کند باید عمد وی را در نقض تکلیف خود، مبنی بر صدور رأی با استناد به قانون حاکم، مفروض دانست. به‌راستی چه دلیلی می‌تواند موجب این اقدام از سوی داور شود؟ داور با این

۶۰ مرتضی گنجی‌پور؛ «رعایت اصول عادلانه دادرسی در داوری تجاری بین‌المللی»، شماره ۶؛ فصلنامه *اندیشمندان حقوق*، زمستان ۱۳۹۲، ص ۹۵؛ مرتضی عادل و محمد مهدی توکلی؛ «استقلال و بی‌طرفی داور در داوری داخلی و داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۶۴، ۱۳۹۲، ص ۲۰۴؛ عبدالله شمس و سیدفرهاد بطحائی؛ «معیار تشخیص استقلال و بی‌طرفی داور»، شماره ۷۷، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶، ص ۵۵.

عمل خود مى‌تواند محكوم و محكوم‌عليه دعوا را منقلب كند. به نظر نگارندگان، اگر عمد داور در عدم رعايت قانون حاكم احراز شود بايد سوءنيت وى مبني بر تغيير نتيجه دعوا به سود يكي از طرفين را مفروض و آن را مصداق خروج از بي‌طرفى دانست.

گفته شد اگر طرفين، قانون حاكم را تعيين نكرده باشند، داور اختيار تشخيص قاعده حل تعارض مناسب و تعيين قانون حاكم را بر اساس آن دارد اما قانون ملاكى براى تعيين قاعده حل تعارض مناسب تعيين نكرده است. آيا اين سكوت به معنای آن است كه داور در تعيين قاعده حل تعارض مناسب، اختيار مطلق دارد؟ چنانچه در عرف بازرگانى، ملاكى براى تعيين قاعده حل تعارض مناسب وجود داشته باشد، عدم توجه به آن، تخطى از خواست ضمنى طرفين است چرا كه مسجل بودن امرى در عرف بازرگانى بدان معناست كه طرفين در صورت سكوت، آن را مفروض دانسته و ضرورتى براى تصريح به آن ندیده‌اند و داور ملزم به رعايت آن است. در بند ۴ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز به این مهم تصريح شده است. بنابراین در صورتی كه داور در نادیده گرفتن عرف بازرگانى سوءنيت داشته و قاعده حل تعارضى را به‌عنوان قاعده مناسب انتخاب كند كه داور نوعى و متعارف، آن را مناسب نداند، تعدد در این امر سبب مى‌شود او از بي‌طرفى خارج شود.

طرفين مى‌توانند پس از تعيين قانون حاكم، آن را تغيير دهند اما وجود چنين اختيارى براى داور، در جايى كه تعيين قانون حاكم بر عهده وى باشد، محل تأمل است. اگر وجود این اختيار براى داور پذيرفته شود، در جايى كه داور، قانونى را كه خود تعيين كرده رعايت نكند، ادعاى وى مبني بر تغيير قانون حاكم موجه بوده و اراده اخير داور كه در صدور رأى تجلى يافته، براى تعيين قانون حاكم ملاك است. اما چنانچه این اختيار براى داور پذيرفته نشود، داور بايد به قانونى كه خود به‌عنوان قانون حاكم تعيين كرده پايبند باشد و چنانچه در صدور رأى به قانون ديگرى استناد كند، مصداقى از نادیده گرفتن قانون حاكم است.

به نظر نگارندگان، داور اختيار تغيير قانون تعيين شده بر اساس قواعد حل تعارض را دارد چرا كه نه تنها منع قانونى در این خصوص وجود ندارد بلكه اگر این اقدام در راستای انتخاب قانون مناسب‌تر باشد، در واقع عمل به تكليف قانونى مبني بر تعيين قانون مناسب نیز هست و تعيين بدوى قانون حاكم توسط داور، مانع از تغيير آن نيست. اما اگر احراز شود داور این تغيير را نه با هدف انتخاب قانون مناسب‌تر، بلكه با هدف تغيير نتيجه دعوا به سود يكي از طرفين انجام داده است، به نظر نگارندگان از بي‌طرفى خارج شده است.

اگرچه شايسته است قوانين، شفاف و روشن باشند، هميشه این گونه نبوده و ممكن است قانون حاكم نياز به تفسير داشته باشد و لازم است این امر، داخل در صلاحيت داور دانسته شود تا از قانون رفع ابهام كند. با وجود این نبايد به مفسران اجازه داده شود آزادانه حقوق را بازسازى كنند و

قانون‌مندی از دست برود.<sup>۶۱</sup> یکی از محدودیت‌های اختیار داور در تفسیر قانون حاکم، تکلیف مقرر در بند ۴ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مبنی بر مدنظر قراردادن عرف بازرگانی است. چنانچه تفسیر داور از قانون حاکم، به نحو آشکاری اشتباه باشد، به‌ویژه جایی که قانون شفاف بوده و در واقع نیاز به تفسیر نداشته، اگر سوءنیت داور در تفسیر نابه‌جای قانون حاکم به سود یکی از طرفین احراز شود، موجب خروج وی از بی‌طرفی می‌شود.

داور برای رسیدگی به اختلاف و صدور رأی مستند باید قواعد کافی در اختیار داشته باشد. در فرضی که طرفین قانون حاکم بر داوری را تعیین نکرده‌اند، داور این اختیار را دارد که کل قواعد حاکم بر اختلاف را، خود رأساً و بر اساس قواعد حل تعارض مناسب تعیین کند. پس به‌طریق اولی این اختیار را نیز دارد که قانون حاکم را تکمیل کند. به نظر نگارندگان، بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، اعم از فقدان قانون منتخب یا نقص آن بوده و اطلاق آن شامل هر دو فرض می‌شود.

چنانچه داور در تکمیل قانون حاکم، با سوءنیت رفتار و قانون تکمیلی را به‌گونه‌ای نامتعارف انتخاب کند، در صورت احراز عمد وی باید سوءنیت وی در تغییر نتیجه اختلاف به سود یکی از طرفین را مفروض دانست و نظر به خروج او از بی‌طرفی داد.

حال پرسش این است که این خروج از بی‌طرفی چه تأثیری بر رأی دارد؟ اگرچه داور منتخب طرفین است و طرفین به‌موجب موافقت‌نامه داوری، اختیار رسیدگی به اختلاف را به داور داده‌اند، این به معنی رضایت به صدور رأی جانبدارانه از سوی داور نیست.<sup>۶۲</sup>

ماده ۱۲ قانون نمونه آنسیترال مقرر می‌دارد: «داور فقط زمانی ممکن است جرح شود که اوضاع و احوال موجود، حاکی از شک موجهی نسبت به استقلال و بی‌طرفی‌اش باشد...». اصول راهنمای قانون بین‌المللی وکلا نیز در بند ۲ قسمت اول، چنین مضمونی را بیان داشته و در بند سوم بدین صورت به توضیح شک موجه پرداخته: «اگر شخص متعارف عالم به واقعیت‌ها و اوضاع و احوال دعوا، این امر را محتمل بداند که داور، رأی خود را تحت تأثیر عواملی جز آنچه طرفین ارائه کرده‌اند صادر کرده است، شک، موجه محسوب می‌شود».<sup>۶۳</sup> این همان خروج ظاهری از بی‌طرفی بوده و از موجبات جرح دانسته شده است.

مواد قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در خصوص لزوم رعایت بی‌طرفی:

بند ۴ ماده ۱۱ قانون مذکور مقرر داشته: «مقام ناصب باید کلیه شرایطی را که طرفین در موافقت‌نامه

۶۱. شاباس، فرانسوا؛ هنری لئون؛ مازو، ژان و الف نبوی؛ «دکترین و تفسیر قانون»، شماره ۱۵، مجله کانون، کانون سردفتران و دفترباران، ۱۳۸۷، ص ۱۱۹.

۶۲. جنیدی؛ ۱۳۹۲، همان، صص ۱۳۴-۱۳۳.

۶۳. شمس و بطحائی؛ همان، صص ۵۶-۵۵.



برای تعیین «داور» مقرر داشته‌اند رعایت نموده و استقلال و بی‌طرفی «داور» را ملحوظ نمایند...».  
در ماده ۱۲ این قانون نیز مقرر است: «۱- «داور» در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود، باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال او شود، و یا اینکه واجد اوصافی که مورد توافق و نظر طرفین بوده است نباشد. هر طرف صرفاً به استناد علی که پس از تعیین «داور» از آن‌ها مطلع شده می‌تواند داوری را که خود تعیین کرده و یا در جریان تعیین او مشارکت داشته است جرح کند.

۲- شخصی که به‌عنوان داور پیشنهاد می‌شود باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی‌طرفی و استقلال او می‌شود افشا کند. «داور» باید از موقع انتصاب به‌عنوان «داور» و در طول جریان داوری نیز بروز چنین اوضاع و احوالی را بدون تأخیر به طرفین اطلاع دهد، مگر اینکه قبلاً آنان را از اوضاع و احوال مذکور مطلع نموده باشد.»

با توجه به اطلاق این ماده، داور، خواه توسط طرفین و خواه توسط مقام نصب تعیین شده باشد باید بی‌طرف باشد و اگر در بی‌طرفی وی تردیدی وجود داشته باشد قابل جرح است.<sup>۶۴</sup>  
اگر جرح داور طبق تشریفات ماده ۱۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی پذیرفته شود و نظر داور جرح‌شده در رأی مؤثر باشد، بر اساس قسمت (ز) بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی موجب ابطال رأی داور فراهم است.

### نتیجه

داوری روش خصوصی حل اختلاف است و طرفین با توافق یکدیگر اختلافشان را به داوری ارجاع می‌دهند. این توافق، اساس و مبنای داوری است. به همین جهت، طرفین داوری اختیارات وسیعی دارند و احترام به خواست و اراده آن‌ها مهم‌ترین اصل داوری است. یکی از تجلی‌های این اصل، اختیار طرفین در انتخاب قانون حاکم در داوری بین‌المللی است که در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است.

هدف طرفین از ارجاع به داوری، ختم اختلاف با صدور رأی قطعی از سوی داور و عدم رسیدگی به اختلاف در دادگاه است. به همین دلیل قانون داوری تجاری بین‌المللی، موجبات ابطال و بطلان رأی داور را احصا نموده و اصل را بر قطعیت رأی داور گذاشته است. لذا امکان اعتراض به رأی داور، فراتر از موجبات مصرح وجود ندارد و بر اساس موجبات خاص نظام‌های حقوقی دیگر که در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران پذیرفته نشده‌اند نمی‌توان نسبت به رأی داور تقاضای ابطال یا اعلام بطلان کرد. با وجود این، طرفین می‌توانند موجبات ابطال رأی داور را گسترش و به‌طور مثال، عدم

رعایت قانون حاکم را موجبی برای اعتراض به رأی داور قرار دهند. در صورت تعیین قانون حاکم توسط طرفین، داور باید بر اساس آن قانون به اختلاف رسیدگی کند و چنانچه در صدور رأی، به قانونی غیر از قانون منتخب طرفین استناد کند، از محدوده اختیارات خود خارج شده و رأی او به علت خروج از اختیار، قابل ابطال است. در صورتی که طرفین قانون حاکم را تعیین نکرده باشند، داور اختیار دارد قانون حاکم را بر اساس قاعده حل تعارض مناسب تعیین کند اما ضابطه مناسب بودن قاعده حل تعارض، در قانون تعیین نشده و این امر به صلاحدید داور واگذار شده است. با وجود این، داور برای تعیین قانون حاکم باید خواست ضمنی طرفین را از قرائن موجود، استنباط و در تعیین قاعده حل تعارض مناسب از آن استفاده کند. این خواست ضمنی ممکن است مستتر در یک عرف بازرگانی باشد که طرفین آن را مفروض پنداشته و به آن تصریح نکرده‌اند.

اگر سوءنیت داور در تعیین قانون حاکم احراز شود یا داور پس از تعیین قانون حاکم و بدون وجود دلیلی موجه، با هدف تغییر نتیجه اختلاف به سود یکی از طرفین، قانون تعیین شده را نادیده بگیرد یا تغییر دهد، از بی‌طرفی خارج شده و در صورت قبول جرح وی، رأی به علت مؤثر بودن نظر داور جرح شده قابل ابطال است.

داور همچنین اختیار تکمیل و تفسیر قانون حاکم را دارد و در انجام این امور نیز باید با حسن نیت عمل و بی‌طرفی را رعایت کند. در غیر این صورت از بی‌طرفی خارج می‌شود.

پذیرش عدم رعایت قانون حاکم به‌عنوان مصداق مغایرت با نظم عمومی و قواعد آمره، به‌سختی قابل دفاع است و با ذکر دلایلی در این تحقیق، فرض بر عدم پذیرش آن گذاشته شد.



### منابع:

#### الف. فارسی

##### – کتاب

- ایرانشاهی، علیرضا؛ *اعتراض به رأی داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۳.
- جنیدی، لعلیا؛ *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*، چاپ سوم، شهر دانش، ۱۳۹۲.
- محبی، محسن و حسن کاویار؛ *مجموعه مقررات جدید آنسیترال درباره داوری بین‌المللی*، چاپ سوم، خرسندی، ۱۳۹۵.

##### – مقاله

- پی‌یر لالیو؛ «اجرای احکام داوری بین‌المللی»، ترجمه: سوسن خطاطان، شماره ۱۶ و ۱۷، *مجله حقوقی*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، زمستان ۱۳۷۲.
- شاباس، فرانسوا، هنری لئون؛ ژان مازو و الف نبوی؛ «دکترین و تفسیر قانون»، *مجله کانون*، کانون سردفتران و دفتر یاران، شماره ۱۵، ۱۳۸۷.
- شمس، عبدالله و سیدفرهاد بطحائی؛ «معیار تشخیص استقلال و بی‌طرفی داور»، *تحقیقات حقوقی*، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۷۷، ۱۳۹۶.
- شهبازی‌نیا، مرتضی و همکاران؛ «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۳، شماره ۱، ۱۳۹۲.
- صادقی، محسن؛ «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه‌قضایی و جلوه‌های نوین آن»، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸، ۱۳۸۴.
- صدیقی، بهاره و سیدمرتضی نعیمی؛ «آثار حقوقی مقر در داوری‌های تجاری بین‌المللی»، دوره نخست، شماره بیست‌ویکم، *فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل*، ۱۳۹۵.
- عادل، مرتضی و محمدمهدی توکلی؛ «استقلال و بی‌طرفی داور در داوری داخلی و داوری تجاری بین‌المللی»، *تحقیقات حقوقی*، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۶۴، ۱۳۹۲.
- گنجی‌پور، مرتضی؛ «رعایت اصول عادلانه دادرسی در داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه اندیشمندان حقوق*، شماره ۶، ۱۳۹۲.

## ب. انگلیسی

**- Books**

- Hobér, K., *International Commercial Arbitration in Sweden*. 2011, Oxford: Oxford University Press.
- Lindskog, S., *Skiljeförfarande- En kommentar*. Norstedts Juridik, 2005.
- Paulsson, J. et J. Bertrand de Blanda, *l'exécution des sentences arbitrales dans les pays de common law, l'exécution des sentences arbitrales*, Publication, 1992, CCIN 440/6.
- Rivkin, D., *The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience / Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, Paris, A.J. van den Berg ed., Kluwer Law International, 1999.
- Van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer/Antwerp/Boston/London/Frankfurt, 1981.

**- Theses**

- Håkansson, Emelie, "The Challenge of Arbitral Awards: Arbitrators' Application of the 'Wrong' Substantive Law - A Ground for Challenge!", Uppsala University, 2014, <http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:uu:diva-216078>.
- Jujjavarapu, A. D., "Judicial Review of International Commercial Arbitral Awards by National Courts in the United States and India", LLM thesis, University of Georgia School of Law, 2007.

**- Articles**

- Braslow, N. T., "Contractual Stipulation for Judicial Review and Discovery in United States-Japan Arbitration Contracts. *Seattle UL Rev.*, Vol. 27, 2003.
- Dammann, A., "Vacating Arbitration Awards for Mistakes of Fact", *Rev. Litig*, Vol. 27, 2007.
- Heuman, L., & Millqvist, G., "Swedish Supreme Court Refuses to Enforce an Arbitral Award Pursuant to the Public Policy Provision of the New York Convention", *J. Int'l Arb.*, Vol. 20, 2003.
- Huber, S. K., "State Regulation of Arbitration Proceedings: Judicial Review of Arbitration Awards by State Courts", *Cardozo J. Conflict Resol.* Vol. 10, 509, 2008.
- Milone, N., "Arbitration: The Italian Perspective and the Finality of the Award", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, No. 6, 2011.
- Olivier, A., "Judicial Review of Arbitral Awards", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 54(3), 23, 1999.

- Rutledge, P. B., “On the Importance of Institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors“, *J. Int'l. Arb.*, 2002.
- Scodro, M. A., “Deterrence and Implied Limits on Arbitral Power“, *Duke Law Journal*, 2005.
- Stefan Kroll, “Setting Aside Proceeding in Model Law Jurisdictions“, *International Arbitration Law Review*, 2006.
- Wolpert, I. C., “Arbitrator Manifestly Disregards the Law-Fourth Circuit Vacates Arbitration Award“. *Dispute Resolution Journal*, Vol. 69(1), 33, 2014.