

## رجوع به قاعده حل تعارض مناسب در داوری تجاری بین‌المللی

منوچهر توسلی نائینی\*

بهزاد آهنگری\*\*

مهسا دهینی\*\*\*

زکيه سلیمی دهاقانی\*\*\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۹/۰۸

### چکیده

امروزه اهمیت جایگاه داوری به عنوان یکی از شیوه‌های اصلی حل و فصل اختلاف در رسیدگی به دعاوی تجاری بین‌المللی امری انکارناپذیر است. برای تعیین قانون حاکم، هیأت داوری ناگزیر است با رجوع به قاعده حل تعارض، راه‌حل مناسب را بیابد. در این باره در داوری تجاری بین‌المللی نظریات حقوقی متعددی در رابطه با انتخاب قانون حاکم بر آیین داوری از جمله: حکومت قانون مقرر، اجرای قواعد حقوق بین‌الملل، حاکمیت اراده طرفین و همچنین در رابطه با حقوق قابل اعمال در ماهیت، اختلاف نظریات حقوقی متعددی از جمله: حکومت قانون مقرر، حل مسئله با تعیین محل رابطه حقوقی، اعمال حقوق فراملی بازرگانان، داوری بر مبنای عدل و انصاف، آزادی داور در انتخاب قانون حاکم و اصل حاکمیت اراده مطرح شده است. این پژوهش درصدد است با طرح مهم‌ترین نظریات مطروحه اقدام به تحلیل آنها نموده و کارکرد هر یک از این نظریات را در قواعد حل تعارض داوری تجاری بین‌المللی تبیین نماید؛ زیرا امروزه با توجه به توسعه روابط در تجارت بین‌الملل و انعقاد قراردادهای پیچیده بین‌المللی صرفاً با تکیه بر یک نظریه خاص نمی‌توان راه‌حل مناسبی برای تعیین قاعده حل تعارض مناسب یافت، بلکه هر یک از این نظریات، متناسب با شرایط خاص خود کارکرد خواهد داشت. به عبارت دیگر اعمال ترکیبی (تجمیعی) قواعد حل تعارض در داوری تجاری بین‌المللی شیوه‌ای مناسب می‌نماید که در آن به رویکرد جهان‌شمولی داوری تجاری بین‌المللی بیشتر توجه می‌شود. مزیت اعمال ترکیبی قواعد حل تعارض این است که ضمن تضمین رضایت طرفین به آنها این اطمینان را می‌دهد که رأی داوری در همه نظام‌های حقوقی مرتبط مورد شناسایی و اجرا قرار خواهد گرفت.

**واژگان کلیدی:** حل تعارض، داوری، تجاری بین‌المللی، قانون حاکم.

\* دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان.

m.tavassoli@khuisf.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان و عضو کانون وکلای دادگستری مرکز (نویسنده مسئول).

ahangari.behzad@gmail.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان.

mahsadehini@gmail.com

\*\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان.

d.salimi71@yahoo.com

## مقدمه

امروزه با توجه به گسترش روابط تجاری بین‌المللی بین اشخاص با تابعیت‌های مختلف، تعیین راه‌حل‌های حل و فصل اختلاف بین طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی از اهمیت خاصی برخوردار است. در میان روش‌های گوناگون، داوری به دلایل مختلفی از جمله سهولت تعیین شرایط رسیدگی از جانب طرفین قرارداد، داشتن تخصص در موضوع مطروحه، سرعت در رسیدگی به موضوع اختلاف، محرمانه بودن، قطعیت داشتن رأی داوری، عدم امکان بازنگری در ماهیت رأی داوری توسط دولت مقرر داوری یا سایر دولت‌ها، عدم اعتماد به محاکم داخلی نظام‌های ملی، امکان شناسایی و اجرای آسان‌تر آرای داوری در کشورهای مختلف نسبت به احکام صادره از محاکم دادگستری خارجی و ... موجب ترغیب طرفین قراردادهای تجاری به استفاده از این نهاد گردیده است.

صرف‌نظر از اینکه طرفین قرارداد به دو شکل موافقت‌نامه یا شرط داوری موضوع اختلاف را به داوری ارجاع می‌دهند علی‌الاصول رضایت طرفین سنگ بنای داوری، صلاحیت داوران در رسیدگی و اظهارنظر و اعتبار رأی داور می‌باشد مگر در مواردی که مراجعه به داوری به صورت اجبار قانونی بدون توجه به رضایت طرفین در حقوق داخلی به عمل آید.<sup>۱</sup> موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی بررسی روابط حقوقی اشخاص در عرصه بین‌المللی است. لذا تفاوت مقررات داخلی هر یک از کشورها در مواردی از قبیل اهلیت طرفین، شرایط تشکیل قرارداد، ضمانت اجرای تعهدات قراردادی طرفین و ... از جمله مواردی است که قواعد حل تعارض در حقوق بین‌الملل خصوصی هر کشوری نسبت به آن اتخاذ تصمیم می‌نماید. بر خلاف اینکه در اختلافات داخلی مراجعه به داوری کمتر از مراجعه به محاکم قضایی است، در قراردادهای تجاری بین‌المللی رجوع به داوری به مراتب بیشتر می‌باشد. امروزه داوری در عرصه تجارت بین‌المللی به اشکال مختلفی از جمله داوری اختصاصی، داوری سازمانی، نهادهای داوری با هدف ویژه (دیوان داوری ایران و ایالات متحده آمریکا) صورت می‌پذیرد و داور یا مرجع داوری در مقام رسیدگی به موضوع اختلاف تجاری بین‌المللی با توجه به مفاد موافقت‌نامه داوری اقدام به رسیدگی و حل و فصل اختلاف می‌نماید. دادگاه‌های ملی کشورهای مختلف قاعدتاً

۱. ر.ک: ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان و مواد ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران.

بر اساس آیین دادرسی ملی خود (قانون مقرّ دادگاه) اقدام به تعیین تکلیف امر مطروحه می‌نمایند و قانونگذار کشورها، اذن عدول از مقررات ملی را به علت اعمال صلاحیت سرزمینی و حاکمیت ملی خود به دادرسان دادگاه‌های خود نمی‌دهد. مراجع داوری تجاری بین‌المللی بر خلاف مراجع قضایی داخلی به صورت اصطلاحی همانند مراجع دادگستری، از قانون و آیین دادرسی مقرّ داوری برخوردار نمی‌باشند، هرچند که مرجع داوری در مقام رسیدگی در بخشی از جغرافیای سرزمینی یک کشوری مانند ایران، فرانسه، سوئیس و ... اقدام به رسیدگی می‌نماید.

بر این مبنا داور بر خلاف دادرس دادگاه، در تعیین قانون حاکم در آیین رسیدگی داوری لزوماً به قانون کشور محل داوری رجوع نمی‌نماید (اسکینی، ۱۳۷۴، ص ۱۶۵)، بلکه بر طبق شیوه‌نامه مرجع داوری، داوران اقدام به رسیدگی می‌نمایند. البته در مواردی اقدام به رجوع به قواعد حل تعارض کشور میزبان داوری می‌نمایند. باید یادآور شد که در صورت عدم تعیین قانون حاکم بر آیین داوری، نظرات مختلفی در خصوص نحوه اعمال قانون حاکم بیان شده است که برخی از آنها عبارتند از: نظریه اجرای قانون محل داوری (حکومت قانون مقر)، نظریه اجرای قواعد حقوق بین‌الملل، نظریه حاکمیت اراده طرفین (قانون قرارداد)، نظریه آزادی داور و ... در قواعد داوری‌های مختلف توافق طرفین در خصوص تعیین قانون حاکم به عنوان بخشی از مقررات قواعد داوری مراجع رسیدگی به اختلافات تجاری بین‌المللی آمده است.

در خصوص کارکرد قاعده حل تعارض در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی به طور عام و چه در خصوص کارکرد قاعده حل تعارض در داوری تجاری بین‌المللی به طور خاص آثار مختلفی به رشته تحریر درآمده است از جمله مقاله «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی» اثر مرحوم استاد دکتر مهدی شهیدی، مقاله «تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی» توسط جناب آقای دکتر ربیعا اسکینی، مقاله «تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی» توسط دکتر حمیدرضا نیکبخت، کتاب «قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی» اثر خانم دکتر لعیبا جنیدی و ... نگاشته شده است، لیکن در خصوص موضوع مورد بحث «رجوع به قاعده حل تعارض در داوری تجاری بین‌المللی» اثر مستقلی تاکنون نوشته نشده است. پژوهش حاضر ضمن ارج نهادن به آثار اندیشمندان ارجمند، سعی دارد با بهره‌مندی از تجارب علمی دیگران و تجزیه و تحلیل آخرین یافته‌های علمی این حوزه از حقوق بین‌الملل خصوصی، با استناد به قواعد و مقررات داوری تجاری بین‌المللی در حقوق داخلی و

بین‌المللی، کارکرد راه‌حل‌های مطروحه در تعیین قانون حاکم را تحلیل کرده و قاعده مناسب حل تعارض را تشریح نماید. سؤال اصلی این است که مناسب‌ترین نظریه در تشخیص قاعده حل تعارض در داوری تجاری بین‌المللی کدام‌یک از این نظریات می‌باشد؟ باید اذعان نمود که امروزه با توجه به توسعه روابط در تجارت بین‌الملل و انعقاد قراردادهای پیچیده بین‌المللی، صرفاً با تکیه بر یک نظریه خاص نمی‌توان راه‌حل مناسبی برای تعیین قاعده حل تعارض مناسب یافت، بلکه هر یک از این نظریات متناسب با شرایط خاص خود، کارکرد خواهد داشت. بنابراین، نظریه اعمال ترکیبی (تجمیعی) قواعد حل تعارض که در آن به رویکرد جهان‌شمولی داوری تجاری بین‌المللی بیشتر توجه می‌شود، در داوری تجاری بین‌المللی مناسب می‌نماید.

### ۱. تعیین قانون حاکم در داوری اختلافات تجاری بین‌المللی

قبل از ورود به بحث تعیین قانون حاکم در داوری اختلافات تجاری بین‌المللی باید گفت که دادرسی در هر امری دارای دو جنبه متفاوت می‌باشد که داوری هم از این امر مجزا نیست. اول، آیین یا تشریفات رسیدگی و دیگری، امور ماهوی است که هر کدام از قانون خاص خود تبعیت می‌نمایند (اسکینی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۵). مرجع داوری ابتدا با توجه به قانون مقر باید داوری‌پذیری موضوع مورد اختلاف را معین نماید. برخی از دعاوی از جمله دعاوی ورشکستگی، خانوادگی و حقوق کیفری قابل ارجاع به داوری نیست و این جزء الزامات اصول نظم عمومی بین‌المللی است. البته اهمیت تشخیص داوری‌پذیری دعاوی از این جهت دارای اهمیت است که در امکان ارجاع به داوری برخی دعاوی مانند حقوق مالکیت فکری و حقوق رقابت، بین نظام‌های حقوقی مختلف اختلاف وجود دارد و داور در خصوص امکان داوری‌پذیری دعاوی مطروحه در نزد خود باید بر اساس قانون مرتبط با داوری اظهار نظر نماید (بهمنی و حسنی، ۱۳۹۷، ص ۵۵۲). در صورتی که موضوع ارجاعی به داوری طبق قانون منتخب قابلیت داوری‌پذیری را نداشته باشد به استناد مخالفت قرارداد داوری با نظم عمومی، داور به ماهیت اختلاف ورود نخواهد کرد. بنابراین تشخیص قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی مستلزم طی مراحل از جمله بررسی مفاد موافقت‌نامه و شرایط آن، بررسی امکان داوری‌پذیری موضوع دعوا، تعیین و تفکیک دو مرحله قانون حاکم بر آیین یا فرایند داوری با قانون قابل اعمال بر ماهیت اختلاف در امر داوری است.

### ۱-۱. قانون قابل اعمال بر آیین یا فرایند داوری

طرفین و داوران باید مفاد مقررات نظم عمومی و قانون مقرر داوری را رعایت نمایند و صلاحیت خود را بر مبنای قانون مقرر که آنان را صالح به رسیدگی می‌داند صراحتاً اعلام کنند و آیین دادرسی محل داوری را اعمال نمایند (Goldstajn, 1989, pp. 63-64). بر خلاف دادرسی‌های ملی که در آن دادگاه‌ها بر اساس آیین دادرسی قانون مقرر دادگاه رسیدگی می‌نمایند، آیین داوری ممکن است بر مبنای قانونی غیر از قانون مقرر رسیدگی شود. امور شکلی دربرگیرنده مواردی از جمله زمان و مکان رسیدگی، لزوم یا عدم لزوم استفاده از دادخواست در داوری، نحوه جلسه استماع و لوائح، نمایندگی حقوقی یا غیر حقوقی طرفین و آیین‌های رسیدگی سریع است. در خصوص قانون حاکم بر آیین داوری تجاری بین‌المللی نظریات مختلفی از جمله ۱- اجرای قانون محل داوری ۲- اجرای قواعد حقوق بین‌الملل ۳- حاکمیت اراده (قانون قرارداد) ۴- نظریه آزادی اراده بیان شده است.

#### ۱-۱-۱. اجرای قانون محل داوری در داوری تجاری بین‌المللی

دیدگاه سنتی در نظام داوری بین‌المللی این است که داوری باید از نظام حقوقی‌ای نشأت بگیرد که در مقرر آن داور یا داوران اقدام به رسیدگی می‌نمایند و داور صلاحیت خود را در رسیدگی، از نظام حقوقی کشور مقرر داوری می‌گیرد و به پشتوانه آن نظام حقوقی امکان اجرای رأی داوری مسیر می‌گردد (جنیدی، ۱۳۸۹، ص ۱۰۵). همچنین برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که هرگاه طرفین قرارداد یا شرط داوری تجاری بین‌المللی اراده خود را در تعیین قانون حاکم بر موضوع اختلاف اعلام ننموده باشند در این حالت قانون محل داوری (مقرر داوری) حاکم بر سرنوشت داوری خواهد بود (اسکینی، ۱۳۷۴، ص ۱۷۷). این موضوع در اسناد بین‌المللی مرتبط با داوری تجاری بین‌المللی از جمله در بند ۱ ماده ۲۰ قانون نمونه آنسیترال درباره داوری تجاری بین‌المللی (اصلاحی ۲۰۰۶) آمده است که مقرر می‌دارد: «(۱) طرفین آزادند که در مورد محل داوری توافق کنند. در صورت عدم توافق، مرجع داوری محل داوری را با در نظر گرفتن اوضاع و احوال دعوا، من جمله سهولت دسترسی طرفین، تعیین می‌کند ...» (محبی و کاویار، ۱۳۹۷، ص ۲۳). همچنین بند ۱ ماده ۱۸ قواعد داوری آنسیترال (اصلاحی ۲۰۱۰) در خصوص مقرر داوری مقرر می‌دارد: «(۱) اگر طرفین از قبل در مورد مقرر داوری، توافقی نکرده باشند، مقرر داوری توسط دیوان داوری و با توجه به اوضاع و احوال موضوع مورد اختلاف، تعیین خواهد شد. مفروض است که

محل صدور رأی داوری همان مقرّ داوری است ...» (محبی و کاویار، ۱۳۹۷، ص ۵۰). در آیین دادرسی دادگاه (دیوان) داوری دعاوی ایران و آمریکا مقرّ داوری مطابق با متن قواعد آنسیترال بیان شده است و در ادامه در ماده ۶ متن بیانیه الجزایر آمده است: «محل دادگاه لاهه کشور هلند و یا هر محل دیگری که ایران و ایالات متحده توافق کنند، خواهد بود.» (مافی و کاویار، ۱۳۹۲، ص ۴۰۵). همچنین در بند ۱ ماده ۱۴ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی آمده است: «محل داوری توسط دیوان تعیین خواهد شد، مگر اینکه طرفین در مورد محل توافق کرده باشند ...» در ماده ۶۲ کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر (۱۹۶۵) آمده است: «رسیدگی و سازش در مقرّ مرکز تشکیل خواهد شد، به‌جز در مواردی که به شرح آتی مقرر شده است.» ماده ۶۳ این کنوانسیون هم مقرر داشته است: «رسیدگی سازش و داوری در صورت موافقت طرفین ممکن است در محل‌های زیر تشکیل شود: الف) در مقرّ دادگاه دائمی داوری یا هر سازمان مناسب خصوصی یا دولتی دیگر که مرکز بدین منظور و با آن ترتیباتی داده باشد، یا ب) در هر محل دیگری که کمیسیون یا دیوان، بعد از مشورت با دبیر کل، آن را بپذیرد.»

در بند ۱ ماده ۲۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه آنسیترال آمده است: «۱) داوری در محل مورد توافق طرفین انجام می‌شود. در صورت عدم توافق، محل داوری با توجه به اوضاع و احوال دعوا، و سهولت دسترسی طرفین، توسط «داور» تعیین می‌شود ...» همچنین ماده ۱۶ قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن، ماده ۱۱ قواعد داوری انجمن داوری آمریکا، ماده ۲۱ قانون داوری برزیل، ماده ۱۹ قانون داوری فدراسیون روسیه، ماده ۱۷۶ قانون فدرال سوئیس درباره حقوق بین‌الملل خصوصی و ... به قانون حاکم بر تشریفات داوری اشاره دارند. همین نکته در مورد قوانین داوری که قانون نمونه را اقتباس نموده‌اند، و در بسیاری از قوانین دیگر هم صدق می‌کند. به محل داوری و نقش آن در تعیین قانون حاکم بر فرایند داوری اشاره دارد. همان‌طوری که از نصوص فوق برمی‌آید و برخی از محققان اشاره نموده‌اند، در داوری تجاری بین‌المللی باید بین قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری، مقر یا محل رسیدگی داوری و قانون حاکم بر ماهیت اختلاف تفاوت قائل شد (صدیقی و نعیمی، ۱۳۹۵، ص ۲۶۹) (هرچند که نظری دال بر تفاوت بین محل و مقرّ داوری ابراز شده، ولی نظر دیگری دال بر عدم تفاوت بین این دو عنوان وجود دارد که به نظر ارجح می‌باشد).

با توجه به نصوص مورد استناد باید اذعان نمود که قانون یا قواعد حاکم بر آیین

داوری در ابتدای امر با توجه به قصد طرفین تعیین می‌گردد. در حالی که این آزادی در نظریه و عمل داوری مورد شناسایی قرار دارد، در برخی از قوانین موضوعه اخیر داوری، محدودیت‌هایی بر آن وارد شده است از جمله در مواردی که توافق طرفین خلاف قواعد آمره کشور مقرر داوری باشد، توافق در آن قسمت اجرا نخواهد شد.

### ۲-۱-۱. حاکمیت قواعد حقوق تجارت بین‌الملل در داوری تجاری بین‌المللی

در مقابل نظریه حاکمیت قانون مقرر بر داوری، نظریه اجرای قواعد حقوق تجارت بین‌الملل مطرح گردیده است، به این علت که طرفین داوری تجاری بین‌المللی اشخاص مختلفی از اتباع کشورهای مختلف می‌باشند و انتخاب شیوه رسیدگی داوری تجاری بین‌المللی توسط آنان حکایت از این امر دارد که نخواسته‌اند قانون کشوری خاص بر رابطه آنان حاکم باشد (اسکینی، ۱۳۷۴، ص ۱۷۷) و اذعان داشته‌اند که این نظریه مختص به داوری تجاری بین‌المللی نبوده بلکه در حوزه قراردادهای منعقد در بستر حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌باشد (اسکینی، ۱۳۷۴، ص ۱۶۷). به زعم پیروان این نظریه، اگر در داوری تجاری بین‌المللی یکی از طرفین یا هر دوی آنان دولت باشد، به علت اصل برابری حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، فرایند داوری نمی‌تواند تحت حاکمیت قانون ملی مقرر داوری قرار گیرد. همچنین به استناد «اصل مصونیت قضایی دولت»، یک دولت را نمی‌توان تحت حاکمیت قانون ملی دولت دیگر قرار داد (اسکینی، ۱۳۷۴، ص ۱۶۷). ایرادات وارده بر این نظریه این است که نمی‌توان نظریات کلاسیک حقوق بین‌الملل عمومی را در حقوق بین‌الملل خصوصی اعمال کرد و به فرض امکان اعمال آن قواعد، حقوق بین‌الملل فاقد قواعد شکلی لازم در خصوص فرایند داوری تجاری بین‌المللی است و سخن آخر اینکه ارجاع امر از سوی دولت، نشانه‌ای بر اعراض دولت از مصونیت قضایی خود می‌باشد.

### ۳-۱-۱. حاکمیت اراده (قانون قرارداد)

طبق اصل اساسی حقوق قراردادها - که قرارداد یا شرط داوری هم از آن مستثنی نمی‌باشد - اشخاص حق دارند که در روابط خود قانون حاکم بر فرایند داوری را تا جایی که مخالف مقررات و نظم عمومی نباشد به دلخواه خود تنظیم نمایند و این موضوع مورد توجه کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)، دیوان داوری بازرگانی بین‌المللی، کنوانسیون داوری ایکسید و سایر سازمان‌های داوری بین‌المللی، منطقه‌ای و قوانین داوری کشورهای مختلف قرار گرفته است. این نظریه به دنبال خارج نمودن قواعد رسیدگی شکلی داوری تجاری بین‌المللی از حاکمیت

نظام‌های حقوق داخلی کشورهای مقرر داوری است.

#### ۱-۱-۴. نظریه آزادی اراده

بر اساس این نظریه، قانون حاکم بر آیین داوری همان قانون منتخب طرفین است و در صورت فقدان قانون منتخب مرجع رسیدگی‌کننده، انتخاب قانون حاکم بر آیین داوری بر عهده داور خواهد بود و داور در این موارد اقدام به تعیین قانون مناسبی خواهد نمود و می‌بایست قانون منتخب داور، مخالف نظم عمومی کشور محل داوری نباشد. رویه سنتی بین‌المللی دولت‌ها در مورد قانون منتخب آیین داوری، تبعیت از قانون ملی بود، ولی امروزه در رویه داوری بین‌المللی، دیدگاه غالب آن است که داوران در آیین داوری، قانون منتخب طرفین را اعمال نمایند، به طوری که امروزه در کنوانسیون‌های بین‌المللی و سایر مقررات داوری منطقه‌ای و بین‌المللی از جمله معاهده واشنگتن ۱۹۶۵ در خصوص حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع سایر کشورها مقرر گردیده است: «قانون حاکم بر آیین داوری در درجه اول توسط خود طرفین انتخاب شود و صرفاً در صورت عدم توافق قبلی بر انتخاب قانون حاکم بر آیین دادرسی و یا سازش مصوب شورای اداری متشکل از نمایندگان دولت‌های عضو اعمال گردد.»

با ملحوظ قرار دادن دیدگاه‌های مختلف در خصوص حاکمیت مطلق قانون مقرر بر آیین داوری یا آزادی مطلق داور یا داوران در انتخاب قانون حاکم بر آیین داوری باید اذعان نمود که هرچند دیدگاه حاکمیت مطلق قانون مقرر داوری با توجه به تحولات فزاینده جامعه جهانی در گسترش تجارت بین‌المللی و داوری اختلافات ناشی از آن مهجور مانده است، لیکن آزادی داور در خصوص انتخاب قانون حاکم به معنای آزادی مطلق داور در انتخاب قانون حاکم بر آیین داوری نمی‌باشد، بلکه داور یا داوران باید ضمن رعایت مقررات نظم عمومی، به نیت احتمالی طرفین موافقت‌نامه یا شرط داوری توجه نمایند. به عبارتی، انتخاب محل داوری ممکن است قرینه‌ای بر این امر باشد که قصد طرفین این بوده که قانون آن کشور در امر داوری حاکم باشد.

#### ۱-۲. قانون قابل اعمال بر ماهیت اختلاف<sup>۱</sup> (داوری)

علی‌الاصول طرفین موافقت‌نامه داوری، قانون حاکم بر ماهیت اختلاف ارجاعی به

1. Applicable Law to the Substance.



داوری را تعیین می‌کنند و یا در مواقعی که امر اختلاف را به سازمان‌های داوری موکول می‌نمایند به صورت ضمنی به قواعد و قوانین حاکم بر آن سازمان‌های داوری اذعان دارند. در داوری‌های تجاری بین‌المللی برای اینکه داور فاقد قانون مقرر مصطلح می‌باشد لذا تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در صورت عدم تصریح اشخاص طرفین داوری، امری پر اهمیت می‌باشد و با مشکل بیشتری مواجه است (صفایی، ۱۳۷۴، ص ۲۵). البته اصطلاح داوری بین‌المللی در مفهوم رایج آن داوری‌های موضوع اتاق بازرگانی بین‌المللی، داوری‌های مشمول مقررات کنوانسیون واشنگتن (ایکسید) و یا داوری‌های موردی یا اتفاقی مدنظر این پژوهش است و داوری‌های بین‌المللی که بین دولت‌ها انجام می‌شود را دربر نمی‌گیرد.

قانون حاکم بر ماهیت داوری، به اقتضای ویژگی‌های خاص دعاوی تجاری و اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی متفاوت می‌باشد. بند ۱ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال درباره داوری تجاری بین‌المللی (اصلاحی ۲۰۰۶) در خصوص قواعد حاکم بر ماهیت اختلاف مقرر داشته است: «۱) مرجع داوری برحسب قواعد حقوقی که طرفین به عنوان قواعد قابل اعمال در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به عنوان ارجاع مستقیم به قانون ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد و نه قواعد حل تعارض آن، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند ...» (محبی و کاویار، ۱۳۹۷، ص ۲۷). همچنین در بند ۱ ماده ۳۵ قواعد داوری آنسیترال (اصلاحی ۲۰۱۰) آمده است: «۱) دیوان داوری باید قانونی را اجرا کند که طرفین داوری آن را به عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف، تعیین کرده‌اند. در صورتی که طرفین داوری، چنین قانونی را مشخص نکرده باشند، دیوان داوری قانونی را که مناسب تشخیص دهد، اعمال خواهد کرد ...»

داوری در هر یک از این بخش (دعاوی تجاری بین اشخاص خصوصی و اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت میزبان با سرمایه‌گذار خارجی) تابع قواعد مختص به خود می‌باشد. بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید چنین مقرر می‌دارد: «دیوان داوری در موضوع اختلاف مطابق قواعد حقوقی که طرفین در مورد آن توافق کرده‌اند، تصمیم خواهد گرفت. در غیاب چنین توافقی، دیوان داوری قانون دولت طرف قرارداد را (از جمله قواعد حل تعارض) و همچنین قواعد قابل اجرا در حقوق بین‌الملل را اعمال خواهد نمود.» در دعاوی مطروحه در داوری ایکسید، در صورت نبودن توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم بر دعوا مرجع داوری می‌بایست در ابتدای امر، قانون دولت میزبان

سرمایه‌گذاری خارجی را که طرف دعوا است من حیث المجموع به عنوان قانون قابل اعمال در ماهیت اختلاف اعمال نماید، و در صورتی که قواعد حقوق بین‌الملل به عنوان قواعد برتر مورد قبول نظام حقوقی کشور میزبان باشد مرجع داوری آن قواعد را اعمال خواهد کرد و در غیر این صورت جایی برای اعمال قواعد حقوق بین‌الملل در داوری یکسید نخواهد بود و داور بدون رجوع به قاعده حل تعارض، قانون ملی کشور میزبان را به شکلی که محاکم داخلی آن را اجرا می‌نمایند اعمال خواهد کرد (نیکبخت و کلانتری، ۱۳۹۳، ص ۶۳۰). حسب ماده ۵ بیانیه الجزایر راجع به حل و فصل دعوا بین دولت ایالات متحده آمریکا و دولت جمهوری اسلامی ایران، رسیدگی دیوان بر اساس قانون و اصول حقوق بین‌الملل و تجارت خواهد بود و ضمناً این دیوان، عرف تجاری، مفاد (مندرجات) قرارداد مربوط و همچنین تغییر اوضاع و احوال را در نظر می‌گیرد که ضرورت کاربرد حقوق بین‌الملل را در داوری بین‌المللی نمایان می‌کند (ابراهیمی ترکمان، ۱۳۹۵، ص ۷۸).

در ابتدا به تحلیل دیدگاه‌های ارائه شده در خصوص موضوعات مطروحه پرداخته و سعی بر آن خواهیم داشت تا با ارائه راهکارهای حقوقی در موارد متعدد اقدام به تبیین دیدگاه‌ها نماییم. از بین نظریات حقوقی ارائه شده نظریه‌های زیر در خصوص حقوق قابل اعمال بر ماهیت داوری‌های بین‌المللی از اهمیت خاصی برخوردارند:

- ۱- تعیین قانون حاکم به موجب قاعده حل تعارض کشور محل داوری (حاکمیت قانون مقرّ داوری)
- ۲- حل تعارض با تعیین محل رابطه حقوقی
- ۳- اعمال قواعد بازرگانی فراملی
- ۴- داوری بر پایه عدل و انصاف
- ۵- آزادی داور در تعیین قانون حاکم بر ماهیت داوری
- ۶- حاکمیت اراده طرفین.

#### ۱-۲-۱. حاکمیت قانون مقرّ (تعیین قانون حاکم به موجب قاعده حل تعارض کشور محل داوری)

بر اساس این دیدگاه، داور باید من حیث المجموع به حقوق بین‌الملل خصوصی و قواعد حل تعارض قوانین کشور محل داوری رجوع نموده و با قاعده حل تعارض کشور مقرّ داوری، قانون حاکم بر ماهیت اختلاف را مشخص نماید. بر اساس دیدگاه حاضر، داوری به مثابه دادرسی محاکم داخلی دانسته شده و قاعده حل تعارض محل داوری

به مانند قانون مقر دادگاه تلقی گردیده است؛ مانند اینکه ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران به عنوان قاعده حل تعارض، قانون محل تشکیل قرارداد را لازم‌الاجرا می‌داند و داور باید آن را اجرا نماید (صفایی، ۱۳۷۴، ص ۲۹). امروزه کشورهای مختلف از جمله ایران به پیروی از قواعد بین‌المللی مرتبط با داوری‌های بین‌المللی اقدام به تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ نموده‌اند که اقدام به رسیدگی به اختلافات تجاری فی‌مابین اشخاص می‌نماید. از جمله این مقررات می‌توان به ماده ۲۷ قانون اخیرالذکر اشاره نمود که در بندهای متعدد خود اقدام به تعیین تکلیف در خصوص نحوه کاربرد و اعمال قانون مرتبط با ماهیت اختلاف نموده است.

## ۲-۲-۱. حل تعارض با تعیین محل رابطه حقوقی

طبق این دیدگاه، داور باید پیوند رابطه حقوقی موضوع داوری را با کشوری خاص با توجه به معیارهایی از جمله محل تشکیل قرارداد، محل اجرای قرارداد، محل اقامت طرفین قرارداد، نوع واحد پول مذکور در قرارداد، محل تنظیم موافقت‌نامه قرارداد و ... معین نماید تا بر اساس قاعده حل تعارض کشور مذکور، قانون لازم‌الاجرا را تعیین نماید (اسکینی، ۱۳۷۴، ص ۲۹). امروزه بیشتر قراردادهای تجاری بین‌المللی دارای شرایط نحوه داوری می‌باشند که در آن قانون حاکم مشخص شده و صریحاً یا ضمناً به رجوع به عرف‌های تجاری فراملی در قرارداد اشاره می‌نمایند. شناسایی و پذیرش قوانین عرفی بازرگانی فراملی در وهله نخست می‌تواند مبتنی بر انتخاب این قوانین توسط طرفین به عنوان قانون مناسب باشد و در غیر این صورت داوران با توجه به رابطه حقوقی طرفین اختلاف با در نظر گرفتن تمامی جوانب رابطه حقوقی اقدام به تعیین قانون مناسب برای رسیدگی به اختلاف خواهند نمود (Gaillard, 1999, p. 164). در تعیین قانون حاکم بر رابطه حقوقی طرفین همواره حقوق عرفی بازرگانی بین‌المللی بر قوانین ماهوی کشورها در داوری اولویت دارد. پویایی عرف و رویه تجاری بین‌المللی راهگشای مسائل نو پیدا خواهد بود. از جمله دلایل گرایش داوران به حقوق عرفی بازرگانی در تعیین رابطه حقوقی و انتخاب قانون حاکم این است که عرف تجاری، به‌روز و کارآمد بوده و نسبت به الزامات تجاری جهانی، انتظارات طرفین و ماهیت حقوقی داوری نزدیک‌تر است. همچنین در اسناد و معاهدات بین‌المللی که اصول داوری را وضع می‌نمایند، عرف تجارت جهانی را مدنظر قرار می‌دهند و تصریح می‌نمایند که این اصول تجاری باید توسط داوران به‌کار گرفته شوند، هرچند که ارجاع ضمنی به یک قانون ملی وجود داشته باشد.

### ۳-۲-۱. اعمال قواعد بازرگانی فراملی

بر مبنای این دیدگاه، داور می‌تواند در موضوعات ماهوی داوری شده در نزد وی، بر اساس اختیارات تفویض شده از سوی طرفین و بر طبق اصول حقوقی پذیرفته شده بین‌المللی حاکم بر روابط قراردادی اتخاذ تصمیم نماید (اشمیتوف، ۱۳۷۴، صص ۹۹۸ و ۹۹۹). قواعد بازرگانی فراملی یا لکس مرکاتوریا<sup>۱</sup> مشتمل بر عرف‌های تجاری بین‌المللی و اصول کلی حقوقی از جمله انصاف است. اصول کلی حقوقی هسته اصلی لکس مرکاتوریا را تشکیل می‌دهد. این مجموعه همچنین شامل عرف‌های تجاری غیر مدونی است که توسط مراجع غیر دولتی مانند اینکوترمز و ایکسید به تصویب رسیده است (آهنگری، ۱۳۹۷، صص ۱۱۷)؛ اصول کلی حقوقی مشترک بین عمده نظام‌های حقوقی که توسط دادگاه‌های فراملی جمع‌بندی شده و مورد توجه داوران در عرصه داوری تجاری بین‌المللی گردیده و متعاقب آن رویه قضایی در این زمینه به وجود آمده است (ویرالی، ۱۳۷۴، صص ۱۰۷). بنابراین باید اشاره نمود که حل و فصل ماهیت اختلاف بر مبنای قواعد فراملی بازرگانی مستلزم آن است که این قواعد به طور مستمر و همگون از جانب بازرگانان بین‌المللی مورد استناد قرار گرفته باشد.

### ۴-۲-۱. داوری بر پایه عدل و انصاف

داوری بر مبنای انصاف در دو صورت انجام می‌پذیرد: هنگام بروز اختلاف بین طرفین قرارداد داوری در مواقعی که بین طرفین در خصوص قانون حاکم بر قرارداد توافقی در میان نباشد، یا اینکه در صورت تعیین قانون حاکم و منبع حقوقی داوری به تشخیص داور رجوع به انصاف و اصدار رأی بر مبنای آن امری بایسته باشد.

تصمیم‌گیری داور بر مبنای انصاف نباید بر خلاف قواعد آمره قاعده حل تعارض کشورها باشد. رضایت طرفین اساس رأی داوری بر مبنای انصاف می‌باشد (صفایی، ۱۳۷۴، صص ۱۲). برای منابع صدور رأی داوری بر مبنای انصاف می‌توان به مقررات بین‌المللی و ملی کشورهای مختلف از جمله بند ۲ ماده ۳۲ قواعد آنسیترال، بند ۳ ماده ۱۷ قواعد داوری آی سی سی، بند (الف) ماده ۵۹ قواعد داوری سازمان جهانی مالکیت معنوی، بند ۳ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، بند ۳ ماده ۲۸ قواعد داوری بین‌المللی اتحادیه داوری آمریکا، ماده ۵۳ کمیسیون داوری اقتصادی و تجاری بین‌المللی چین،

1. Lex mercatoria.

بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری اشاره نمود (آهنگری، ۱۳۹۷، صص ۱۰۷ و ۱۰۸). دیوان داوری نمی‌تواند به بهانه سکوت یا ابهام قواعد حقوقی حاکم بر داوری، دعوا را بر اساس عدل و انصاف و بدون مراجعه به قواعد حقوقی فیصله دهد؛ چراکه صدور رأی بر اساس عدل و انصاف نیازمند توافق صریح طرفین است (Domenico, 2005, p. 45). باید توجه داشت که هرچند صدور رأی بر مبنای انصاف مستلزم تصریح در قانون حاکم بر ماهیت داوری است، با این وجود داور همواره در صدور رأی به جنبه عادلانه و منصفانه بودن رأی هرچند که طرفین به آن اشاره ننموده باشند، توجه می‌نماید.

#### ۵-۲-۱. انتخاب قانون حاکم توسط دیوان داوری - آزادی اراده داور

بر اساس این دیدگاه، داور اختیار دارد برای تعیین قانون حاکم بر داوری به قواعد فراملی بازرگانی، قانون کشور محل داوری، قانون ملی یکی از طرفین داوری یا به قانون کشور ثالث یا هر کشور دیگری که خود تشخیص می‌دهد، مراجعه نماید و بر پایه آن، قاعده حل تعارضی را که خود مناسب می‌داند انتخاب و به عنوان قانون حاکم بر ماهیت داوری انتخاب نماید. البته در مواردی که طرفین، قانون حاکم را انتخاب نکرده‌اند و حتی مواقعی که چنین انتخابی صورت گرفته باشد، داوران بین‌المللی با مسئله تعارض قوانین روبه‌رو می‌شوند و می‌بایست قانون یا قواعدی را که بر اساس آن بتوان ماهیت مورد اختلاف را حل نمود، تعیین نمایند.

هرگاه طرفین، قانون حاکم را انتخاب ننموده باشند اختیار دیوان داوری برای تعیین قواعد حاکم بر ماهیت اختلاف را می‌توان در امتداد بسط اصل آزادی اراده طرفین محسوب نمود که به داور یا داوران نیابت و اختیار عمل به قانون حاکم بر مبنای تشخیص خود را داده‌اند. در این خصوص باید یادآوری نمود که لازم است داور یا داوران در انتخاب قانون حاکم باید انتظارات معقول طرفین را که در موافقت‌نامه آنان انعکاس یافته، نادیده نگیرند.

#### ۶-۲-۱. حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی

امروزه حاکمیت قانون منتخب طرفین بر داوری، مورد تأیید مقررات بین‌المللی و ملی مرتبط با تجارت بین‌المللی می‌باشد. به عنوان مثال بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ در مورد قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مقرر داشته است: «قرارداد بیع تحت حاکمیت قانونی است که توسط طرفین انتخاب شده است.

توافق طرفین بر انتخاب قانون باید صریح باشد و یا از شرایط قرارداد و رفتار طرفین که به صورت یک مجموعه در نظر گرفته خواهند شد، به وضوح ظاهر گردد.<sup>۱</sup> همان‌طور که به وضوح از این مقرر برمی‌آید، قانون قابل اعمال بر این نوع قراردادهای را در وهله اول قانون منتخب طرفین می‌داند.

طبق مقررات داوری تجاری بین‌المللی از جمله ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ و بند (الف) ماده ۵ کنوانسیون نیویورک که در خصوص اجرای احکام داوری بین‌المللی می‌باشد، در صورتی که نظر داوران بر خلاف قانون منتخب طرفین باشد از موارد ابطال رأی داوری است، به طوری که در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران داور ملزم به اعمال قواعد حقوقی مدنظر طرفین گردیده است و باید گفت که در خصوص قانون حاکم بر قرارداد داوری تجاری بین‌المللی ماده ۹۶۸ قانون مدنی قابل اعمال نبوده بلکه این موضوع را قانونگذار تحت حاکمیت قانون منتخب طرفین، قرار داده است (شریعت‌باقری، ۱۳۹۱، ص ۱۳۶).

علی‌الاصول طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت داوری از آزادی عمل لازم برخوردار هستند. عموماً پذیرفته شده است که طرفین می‌توانند نظامی از قانون ماهوی را برای تنظیم رابطه قراردادی خود انتخاب کنند. طرفین همچنین می‌توانند از پیکره‌های حقوقی نامتعیّن‌تری چون اصول حقوقی، حقوق فراملی یا حقوق تجاری بین‌المللی و قانون ملی کشور خاصی را انتخاب نمایند. همچنین می‌توانند به داوران اختیار دهند تا بر مبنای کدخدانمشانه عمل نموده یا ضابطه غیر حقوقی دیگری را اعمال نمایند؛ مانند جایی که طرفین قرارداد داوری، دارای تابعیت متفاوت باشند و یکی از آنها دارای تابعیت انگلیس و دیگری تابعیت آلمان را داشته باشد و قانون حاکم را قانون ملی طرفین قرار داده باشند، در این صورت ابتدا اصول مشترک حقوق انگلیس و آلمان حاکم بر ماهیت داوری خواهد بود و در صورت نبود اصول مشترک مدنظر بین کشورها، طبق اصول حقوق تجارت بین‌الملل و عرف بازرگانی فراملی اقدام به حل و فصل اختلاف نماید.

در خصوص محدودیت‌های حاکمیت اراده طرفین، قانونگذار ایرانی در بند ۱ ماده ۱۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد که توافقات طرفین نباید مخالف قواعد آمره «این قانون» باشد. همچنین در بند ۲ ماده ۳۴ همین قانون مقرر گردیده: «... ۲) در صورتی که مفاد رأی مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور و یا قواعد آمره

۱. کنوانسیون راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (منعقد در ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶).

این قانون باشد» اساساً توافق طرفین محکوم به بطلان بوده و غیر قابل اجرا خواهد بود. آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم تا جایی امکان دارد که با مقررات نظم عمومی کشور مقرر داوری مخالف نباشد. دادگاه‌ها در محدوده قواعد حل تعارض به قوانین ملی خود عمل می‌نمایند، که این امر در راستای اصل حاکمیت سرزمینی صورت می‌گیرد. هرچند طرفین در قرارداد حق انتخاب قانونی غیر از قانون کشور مقرر داوری را دارند ولی داور یا داوران نباید در جایی که طرفین به طور صریح یا ضمنی در قرارداد داوری قانون حاکم بر ماهیت داوری را انتخاب نموده‌اند، آن را نادیده بگیرند و به صلاحدید خود قانون منتخب خودشان را بر ماهیت داوری حاکم نمایند.

#### ۱-۲-۶-۱. قواعد آمره

قواعد آمره جزء امور حکمی قانون منتخب طرفین می‌باشد. تعیین تکلیف و تشخیص بین اعمال قاعده حل تعارض قانون مقرر داوری یا اعمال قاعده حل تعارض قانون منتخب طرفین، جزء وظایف اصلی داور یا داوران است. قانون حاکم در ماهیت داوری فارغ از اینکه کدام قانون باشد، حسب ضرورت دارای مجموعه‌ای از قواعد متعدد می‌باشد. هنگامی که داور در تشخیص قانون حاکم به قاعده حل تعارض مراجعه می‌نماید من حیث المجموع به قانون مذکور رجوع می‌نماید. در این مواقع باید به قواعد آمره قانون حاکم بر ماهیت داوری توجه نماید و تصمیم داور نمی‌تواند خلاف قواعد آمره باشد (طباطبایی‌نژاد، ۱۳۹۴، ص ۲۹۱). با توجه به اینکه موافقت‌نامه داوری در قلمرو حاکمیت دولت یا دولت‌های مشخصی شکل می‌گیرد، پرواضح است که اراده طرفین قرارداد در حصار قواعد آمره دولت معین یا دولت‌های دیگری به منصف ظهور می‌رسد و نباید مخالف قواعد آمره آنها باشد. بنابراین، قواعد آمره دایره انتخاب طرفین را محدود می‌نماید. دادگاه‌های ملی قوانین امری خود را صرف‌نظر از قانون ماهوی حاکم بر موضوعات مطروحه اعمال می‌نمایند و رأی داوری مخالف قواعد آمره قابلیت اجرایی را نخواهد داشت.

#### ۱-۲-۶-۲. نظم عمومی

اهمیت نظم عمومی به اندازه‌ای است که این قاعده به عنوان مهم‌ترین و اصیل‌ترین عامل محدودکننده اراده طرفین در داوری تجاری بین‌المللی دانسته شده است (شهبازی‌نیا، عیسایی تفرشی و علمی، ۱۳۹۲، ص ۹۴). ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران در این رابطه مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات

جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.» همان‌طور که برخی از اساتید بیان داشته‌اند، چون محدود نمودن حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر ماهیت داوری در تعارض قوانین حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی امری استثنائی می‌باشد باید استناد به نهاد نظم عمومی در تحدید قلمرو حاکمیت اراده طرفین در شرایط استثنائی و اوضاع و احوال خاص آن به کار گرفته شود (نیکبخت، ۱۳۸۵، ص ۱۳۶).

داوران باید قواعد امری قانون منتخب طرفین را فقط با رعایت نظم عمومی بین‌المللی اعمال نمایند. البته از آنجایی که داوری فاقد قانون ملی مقرر می‌باشد، قواعد امری ملی برای آن بیگانه است. نظم عمومی بین‌المللی که داوران بر اساس آن می‌توانند از اجرای قانون منتخب طرفین خودداری ورزند منعکس‌کننده مواردی از جمله ضوابط بنیادی اقتصادی، حقوقی، اخلاقی، سیاسی، مذهبی و اجتماعی هر دولت یا جامعه فراملی است. به طور طبیعی نظم عمومی برحسب خصلت و ساختار دولت یا جامعه‌ای که به آن تعلق دارد تفاوت می‌کند و دربرگیرنده آن دسته از اصول و ضوابطی است که چنان منزلت و تقدسی دارند که حفظ آنها به هر قیمت و بدون استثنا لازم است.

### ۳-۲-۱. تقلب نسبت به قانون

تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی عبارت است از تغییر عنصر رابط خارجی به منظور جلوگیری یا فرار از قانونی که در اجرای قواعد حل تعارض می‌بایست به عنوان قانون حاکم صالح شناخته شده و باید به اجرا درآید (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۰، ص ۱۲)؛ مانند جایی که تبعه داخلی یک کشور اقدام به تغییر تابعیت نموده و بعد از آن اقدام به تقلب به قانون نماید. در کشور خود چون این اقدام او در راستای رسیدن به هدف خود با نقض قانون صورت گرفته عمل او با استناد به قاعده تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی او باطل می‌باشد. ولی در عرصه داوری تجاری بین‌المللی باید گفت که در صورتی که تقلب نسبت به قانون غیر منتخب طرفین بر داوری صورت گرفته باشد داور به آن ترتیب اثر نخواهد داد.

### ۲. قاعده ماهوی قابل اعمال در حقوق ایران

از جمله قواعد ماهوی قابل اعمال در حقوق ایران طبق مقررات موجود ماده ۹۶۸



قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.» این ماده به عنوان قاعده حل تعارض در حقوق قراردادهای ایران است و از آن به عنوان تنها قاعده حل تعارض در حقوق ایران یاد شده است. این ماده قانونی هرچند از حقوق خارجی اقتباس شده اما با اعمال تغییرات مدنظر قانونگذار وقت به تصویب رسیده است و دلیل آن، مقابله با استعمار خارجیان بوده که در مشروح مذاکرات مجلس وقت آمده است. از این طریق مقنن در پی آن بوده که اتباع خارجی از قدرت معاملاتی بیشتری نسبت به ایرانیان برخوردار نباشد تا به واسطه آن امتیازاتی را برای خود کسب نمایند (نیکبخت، ۱۳۷۹، ص ۱۲۸). در خصوص امری یا تخییری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران نظرات مختلفی مطرح گردیده است، لیکن به نظر می‌رسد دیدگاه طرفداران امری بودن مقرر از قوت بیشتری برخوردار است (شریعت‌باقری، ۱۳۹۱، صص ۱۳۳ و ۱۳۴).

قواعد ماهوی قابل اعمال بر اساس ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، قانون منتخب طرفین است که بر ماهیت اختلاف موضوع قرارداد داوری حاکم است (نیکبخت، ۱۳۷۹، ص ۱۳۵). بر اساس آن، طرفین قرارداد داوری تجاری بین‌المللی مخیر هستند تا قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نمایند. این مقرر بر مبنای قانون نمونه داوری آنسیترال کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد تصویب گردیده است.

ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در باب قانون حاکم بیان می‌دارد: «قانون حاکم: (۱) "داور" بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. (۲) در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین "داور" بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد. (۳) "داور" در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد. (۴) "داور" باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند، و عرف بازرگانی بین‌المللی موضوع مربوط را مدنظر قرار دهد.»

طبق ماده فوق، به طرفین اجازه انتخاب قانونی غیر از قانون مقرّ داوری یا قانونی غیر از قانون کشور متبوع هر یک از طرفین که ارتباطی با موضوع قرارداد داوری ندارد، داده شده است. بر اساس این ماده، امکان تعیین قانون داوری بر مبنای قواعد بازرگانی بین‌المللی یا داوری بر مبنای عدل و انصاف در چهارچوب اصول حقوق تجارت بین‌الملل مقدور گردیده است. طبق بند ۱ ماده ۲۷ قانون اخیرالذکر، در مقام حل و فصل تعارض به قانون ماهوی (داخلی) منتخب طرفین داور مراجعه می‌نماید و به قاعده حل تعارض آن کشور مراجعه نمی‌نماید. به عبارتی، صرفاً قواعد مادی قانون منتخب را مدنظر قرار می‌دهد. بنابراین زمانی که به قواعد حل تعارض مراجعه ننماید، دیگر احاله‌ای در کار نخواهد بود (نیکبخت، ۱۳۷۹، ص ۱۳۹).

ماده ۹۶۸ قانون مدنی بر اختلافات فی‌مابین اتباع ایران و بیگانگان و در هر دو نوع رسیدگی‌های قضایی و داوری حاکم است و طبق بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، محدودیت مذکور در ماده ۹۶۸ قانون مدنی بر آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوا را صرفاً در داوری تجاری بین‌المللی نه داوری داخلی موضوع قانون آیین دادرسی مدنی رفع نموده است. بنابراین حاکمیت مطلق قانون محل تشکیل قرارداد بر تعهدات ناشی از قرارداد، در رسیدگی‌های قضایی و در داوری‌هایی که با توجه به معیار بند (ب) ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی از نوع داوری «بین‌المللی»<sup>۱</sup> به شمار نمی‌آیند، به حال خود باقی است.

چنانکه گفته شد، اگر طرفین قرارداد تبعه ایران باشند یا صرف‌نظر از تابعیت طرفین، موضوع اختلاف در محکمه قضایی مطرح گردد قانون اخیرالذکر قابل اعمال نخواهد بود. در این صورت بر اساس ماده ۹۶۸ قانون مدنی تصمیم‌گیری خواهد شد.

۱. بند (ب) ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی: «داوری بین‌المللی عبارت است از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد.»

## نتیجه

همان‌طوری که بیان شد، در خصوص قواعد حل تعارض در داوری تجاری بین‌المللی دیدگاه‌های مختلفی بیان شده است، از جمله اعمال قانون منتخب طرفین، قواعد حل تعارض محل داوری، قواعد حل تعارضی که هیأت داوری مناسب تشخیص می‌دهد، قواعد حل تعارض دارای نزدیک‌ترین ارتباط با موضوع اختلاف و ... که به شرح و بسط دیدگاه‌های مطروحه در حد توان در این پژوهش پرداخته شد و برآیند آن بدین شرح است که طرفین می‌توانند قانون حاکم بر ماهیت دعوا را انتخاب نمایند. این انتخاب لازم نیست صریح یا حتی به شکل خاص باشد به شرطی که هیأت داوری ادله روشنی بر توافق طرفین در مورد قانون حاکم بیابد. امروزه اکثر قوانین داوری، اصل آزادی اراده طرفین را به رسمیت می‌شناسند؛ یعنی طرفین آزاد هستند تا قانون یا قواعد حاکم بر ماهیت اختلاف ارجاع شده به داوری را تعیین نمایند. این اصل سازوکاری در اختیار اشخاص قرار می‌دهد تا از اعمال قانون نامطلوب یا نامناسب جلوگیری کنند. این انتخاب، بر هیأت داوری الزامی است و باید هم باشد. در اکثر قواعد داوری هم بر این مطلب صحت گذاشته شده است.<sup>۱</sup> بی‌تردید امروزه به دلیل پذیرش عام اصل آزادی اراده طرفین در اکثر نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته این امر که آزادی اراده طرفین فی‌نفسه به عنوان یک حق مطرح است، پذیرفته شده است. بی‌تردید آزادی اراده طرفین برجسته‌ترین و مقبول‌ترین قاعده بین‌المللی در تعارض قوانین است. نظام‌های ملی تعارض قوانین این نکته را باز می‌شناسند که طرف‌های متعاقد، دیدگاه خود در مورد قانون حاکم بر روابط قراردادی خویش را ابراز می‌دارند و دلیلی ندارد که قوانین ملی اراده صریح طرفین را نادیده انگارند، و حقوق بسیار محدودی جهت مداخله در چنین اراده‌ای دارند. با این حال همان‌طور که بیان شد، آزادی اراده طرفین دارای محدودیت‌هایی از قبیل قواعد امری، نظم عمومی بین‌المللی و تقلب نسبت به قانون می‌باشد. زمانی که طرفین، قانون حاکم بر ماهیت اختلاف را انتخاب نکرده‌اند و حتی گاه وقتی چنین انتخابی صورت داده‌اند، داوران بین‌المللی با مسائل تعارض قوانین روبه‌رو می‌شوند و باید قانون یا قواعدی را که بر اساس آن بتوان اختلاف را حل کرد تعیین کنند. در صورت عدم تعیین (قانون ماهوی) از جانب طرفین، هیأت داوری

۱. برای مطالعه بیشتر در قواعد داوری ر.ک: میرزایی، ۱۳۸۸.

قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده، تعیین می‌گردد. قواعد تعارض قوانین محل داوری از سوی داوران بین‌المللی در بسیاری از نظام‌ها اعمال می‌شود. با این حال امروزه عموماً اجرای مطلق این قاعده را غیر منطقی می‌دانند؛ چراکه غالباً انتخاب محل داوری جنبه تصادفی دارد و از ناحیه طرفین یا داوران انجام نمی‌شود. زمانی که هیأت داوری قواعد تعارضی را مناسب تشخیص می‌دهد، بر اساس نظر خود با توجه به ارتباط آن قواعد با موضوع اختلاف اقدام به تعیین قاعده حل تعارض مناسب برای آن موضوع می‌نماید.

به نظر می‌رسد بهتر است در اعمال قاعده حل تعارض، داور یا داوران هم‌زمان قواعد حل تعارض نظام‌های حقوقی مرتبط با اختلاف را به صورت ترکیبی (تجمیعی) در نظر بگیرند. دیوان‌های داوری بین‌المللی با اعمال این روش است که می‌توانند از انتخاب یک نظام واحد تعارض قوانین اجتناب نمایند. نتیجه کاربرد تجمیعی قواعد حل تعارض نظام‌های حقوقی مرتبط با اختلاف به یک قانون ماهوی این است که ضرورتی برای تعیین قانون حاکم در میان نیست و داوران در صورتی که متقاعد شوند می‌توانند مستقیماً قانون ماهوی را اعمال کنند. به طور مطلق نمی‌توان در خصوص یک یا چند دیدگاه مطرح شده در بحث قواعد حل تعارض سخن گفت، بلکه باید یادآور شد که راهکار مناسب در این موضوع انتخاب راه‌حل میانه‌ای است که در آن با توجه به شرایط خاص اوضاع و احوال حاکم بر امر اختلاف، داوران با استفاده از روش‌های مطرح شده اقدام به تعیین قاعده حل تعارض مناسب نمایند.

## فهرست منابع

## الف. کتاب‌ها

۱. اشمیتوف، کلایو ام، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی، فرهاد امام، سید محمد اسبقی نمینی، محمود باقری، امیرحسین طیبی فرد و اسماعیل همت دوست، انتشارات سمت، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۸.
۲. جنیدی، لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، انتشارات شهر دانش، چاپ سوم، ویرایش دوم، تهران، ۱۳۹۲.
۳. جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۹.
۴. مافی، همایون و کاویار، حسین، منابع قانونی حقوق بین‌الملل خصوصی و داوری (داخلی - بین‌المللی)، انتشارات مجد، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۲.
۵. محبی، محسن و کاویار، حسین، مجموعه مقررات جدید آنسیترال درباره داوری بین‌المللی، انتشارات خرسندی، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۹۷.
۶. میرزایی، علیرضا، قواعد داوری از منظر حقوق تطبیقی، نشر جنگل - جاودانه، تهران، ۱۳۸۸.

## ب. مقاله‌ها

۷. ابراهیمی ترکمان، ابودر، «پیشینه و ماهیت حقوقی دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۲۸، تابستان ۱۳۹۵.
۸. اسکینی، ربیعا، «تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۱، ۱۳۷۴.
۹. آهنگری، بهزاد، «انصاف در اسناد و رویه داوری سرمایه‌گذاری خارجی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی معاهده، دوره ۲، شماره ۳، تابستان ۱۳۹۷.
۱۰. بهمئی، محمدعلی و حسنی شیخ عطار، «قانون حاکم بر داوری‌پذیری دعاوی»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره ۹، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.
۱۱. شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسانی تفرشی و حسین علمی، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، شماره ۱، بهار ۱۳۹۲.
۱۲. صدیقی، بهاره و سید مرتضی نعیمی، «آثار حقوقی مقر در داوری‌های بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره اول، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۹۵.

۱۳. صفایی، سید حسین، «تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوا در داوری‌های بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۰، زمستان ۱۳۷۴.
۱۴. طباطبائی‌نژاد، سید محمد، «داوری تجاری بین‌المللی و چالش اعمال قواعد آمره؛ مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت»، فصلنامه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره ۶، شماره ۱، شماره پیاپی ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴.
۱۵. نیکبخت، حمیدرضا و حسین کلانتری، «قانون ماهوی قابل اعمال بر دعوا در چارچوب نظام داوری ایکسید (در فقدان توافق طرفین)»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دوره ۴۴، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۳.
۱۶. نیکبخت، حمیدرضا، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۱ و ۳۲، ۱۳۷۹.
۱۷. نیکبخت، حمیدرضا، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره ۹، شماره ۴۴، زمستان ۱۳۸۵.
۱۸. ویرالی، میشل، «تفکری بر تئوری حقوق فراملی»، ترجمه دکتر ناصر صبح‌خیز، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳، ۱۳۶۴.

#### پ. منابع انگلیسی

19. Di Pietro, Domenico, "Application Law under Article 42 of the ICSID Convention the Case of Amco v.Indonesia", in International Investment Law and Arbitration, Cameron May, 2005.
20. Gaillard, Emmanuel, "Thirty Years Of Lex Mercatoria: Towards- The Selective Application Of Transnational Rules", Icsid Review-Foreign Investment Law Journal, No. 10, 1999.
21. Goldstajn, Choice of International Arbitrators, Arbitral Tribunals and Centres: Legal and Sociological Aspects, in ESSAYS ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (P.Sarcevic ed. 1989).

#### ت. سایت‌ها

22. [www.britannica.com/topic/conflict-of-laws](http://www.britannica.com/topic/conflict-of-laws)
23. [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)
24. [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)
25. [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org)
26. [www.jus.uio.no](http://www.jus.uio.no)
27. [www.newyorkconvention.org](http://www.newyorkconvention.org)

## Denial Referto the Appropriate Conflict Resolution Rule in International Commercial Arbitration

Manouchehr Tavasoli Naeini\*

Behzad Ahanagri\*\*

Mahsa Dehini\*\*\*

Zakieh Salimi Dehaghani\*\*\*\*

Received: 29/06/2020

Accepted: 28/11/2020

### **Abstract**

*Arbitration as one of the main methods of resolving disputes in international trade disputes is undeniable at present. For the ruling law, the arbitral tribunal must find the appropriate solution by referring to the conflict resolution rule. In this regard, in international trade arbitration, a number of legal theories regarding the selection of the law governing the arbitration procedure, including; The rule of law, the application of the rules of international law, the rule of will of the parties, as well as in relation to applicable law in the nature of differences of legal opinions, including; The rule of law is established, the issue is resolved with the legal relationship, the exercise of the transnational rights of businessmen, arbitration based on justice and fairness, the freedom of the arbitrator to choose the governing law and the principle of the rule of will. This research intends to analyze the proposed theories and explain the function of each of these theories in the rules of conflict resolution of international commercial arbitration.*

**Key words:** Conflict Resolution, Arbitration, International Trade, Governing Law.

---

\* Associate Professor at Law Department of Isfahan University.  
m.tavassoli@khuisf.ac.ir

\*\* PhD Student of Private Law at Isfahan University and a Member of the Central Bar Association.  
ahangari.behzad@gmail.com

\*\*\* PhD Student of Private Law at Isfahan University.  
mahsadehini@gmail.com

\*\*\*\* PhD Student of Private Law at Isfahan University.  
d.salimi71@yahoo.com