



مقدمه‌ای بر داوری در دعاوی تجاری بین‌المللی

مهدی زارع*
محسن سلیمی**

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۴/۱۰/۱۵ تاریخ دریافت مقاله: ۹۴/۸/۲۶

چکیده

داوری در تجارت بین‌المللی در دهه‌های اخیر جایگاه خاصی یافته است و تجار و دست‌اندرکاران امر تجارت بین‌الملل آن را طریقه خوب و نسبتاً مطمئنی برای حل‌وفصل اختلافات تجاری خود یافته‌اند. از این روی امروزه شرط حل‌وفصل اختلافات در عموم قراردادهای تجاری یک شرط نسبتاً اصلی و ثابت است. دلایل رشد و توسعه داوری به منظور حل‌وفصل اختلافات تجاری بین‌المللی را می‌توان در مزایایی که این روش نسبت به سایر روش‌های حل‌وفصل اختلافات حقوقی دارد جستجو نمود. عمده این مزایا عبارتند از: کاهش هزینه و زمان رسیدگی، محرمانگی جریان داوری، عدم مراجعه طرفین به دادگاه‌های ملی، قطعیت و الزام‌آور بودن رأی داوری صادره و امکان شناسایی و اجرای نسبتاً ساده این آرا. بنابراین طرفین اختلاف در صورت انتخاب روش داوری برای حل‌وفصل اختلاف خود از این مزایا برخوردار خواهند بود و همین امر موجب گسترش روز افزون این شیوه حل و فصل اختلافات گردیده است. البته نباید از نظر دور داشت که این شیوه در کنار محاسن خود، دارای معایبی از جمله متزلزل بودن، شناسایی حکم داوری، عدم پذیرش از سوی دادگاه‌های داخلی و ... نیز می‌باشد. در کشور ما نیز با پذیرش این شیوه داوری براساس قانون نمونه آنسیترال داوری تجاری به شکل رو به افزایشی مورد استفاده واقع می‌گردد.

کلید واژه‌ها

حل و فصل اختلافات، داوری تجاری بین‌المللی، آنسیترال، حقوق.

*. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان..... mehdezare57@yahoo.com

** . دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز (نویسنده مسئول)

mohsensalimi68@gmail.com

مقدمه

پیشرفت‌های علمی و تسهیل ارتباطات موجب گسترش روابط متقابل انسان‌ها شده است. از جمله مهم‌ترین جنبه‌های این ارتباطات، روابط تجاری است که تأثیر مستقیمی از پیشرفت دانش بشری گرفته است. گسترش روابط تجاری در کنار پیچیده شدن این روابط باعث شده است که اختلافات تجاری رو به افزایش نهند. وقتی قرارداد تجاری بین‌المللی منعقد می‌شود پیدایش اختلاف حتمی است و برای حل آن به صورت سهل و سریع، طرفین این قراردادها بهتر است پیش از پیدایش اختلاف با تعیین مرجع حل اختلاف و نیز قانون حاکم بر قرارداد، خودشان به حل اختلاف کمک نمایند. دو مرجع مهم در این مورد «دادگاه» و «داوری» است. (سروری مقدم، ۱۳۸۹، ص ۱۳) دادگاه‌ها مهم‌ترین ابزار حل این اختلافات به شمار می‌روند، اما در کنار دادگاه‌های ملی روش‌های دیگری نیز وجود دارند که از جمله مهم‌ترین آن‌ها داوری است که از لحاظ قدمت بر دادرسی در دادگاه‌های ملی تقدم دارد. مزایای متعددی برای داوری بر شمرده‌اند که از این میان می‌توان به صرفه‌جویی در هزینه و زمان در داوری، راحت‌تر بودن قواعد داوری، شناسایی آراء داوری توسط کنوانسیون‌های بین‌المللی، غیرعلنی بودن داوری و ... اشاره نمود. بر مبنای آنچه گفته شد و با توجه به مزایای بی‌چون و چرای داوری نسبت به دادرسی در دادگاه‌های ملی، طرفین یک قرارداد تجاری بین‌المللی غالباً با درج شرط داوری در قرارداد اصلی خود و یا به موجب موافقت‌نامه داوری مستقل، توافق به حل و فصل اختلافات ناشی از آن قرارداد وسیله داوری می‌نمایند. زمانی که طرفین با توجه به این عوامل گفته شده، داوری را برای حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی خود بر می‌گزینند، اما به دلایل گوناگون هر یک از این مزایای داوری تأمین نمی‌شود، در واقع با یکی از ریسک‌های جریان داوری تجاری بین‌المللی مواجه شده‌اند.

تعریف داوری

تعریف لغوی

در غیاب اللغات در باب معنای کلمه داور آمده است: «در اصل داور بوده به معنی صاحب داد، پس به جهت تخفیف، دال ثانی را حذف کردند. (به نقل از یوسف‌زاده، ۱۳۸۱، ص ۱۰) در فرهنگ دهخدا آمده است: «این کلمه در اصل داور بوده، چون نامور و هنرور و سخنور، یک‌دال را حذف کرده‌اند؛ چه در فرس مخفف محذوف به تکلم آسان‌تر و به فصاحت نزدیک‌تر است. در فرهنگ لغت مذکور، معانی زیر برای داوری ذکر شده است:

«آن اجرای حکمی است که خداوند عالم در روز جزا بر مردمان خواهد فرمود واعظ، اعمال رسولان، قضاوت، حکومت، یک‌سو نمودن میان نیک و بد، حکم‌میان دو خصم.» (دهخدا، ۱۳۷۲، ماده دال) واژه مزبور معادل لفظ، «التحكیم» در عربی، Arbitration در انگلیسی و Arbitrage در فرانسه

است. از میان معانی لغوی ذکر شده، معنای قضاوت و حکم میان دو خصم مدّ نظر این نوشتار می‌باشد و علت استعمال این لفظ در عالم حقوق، معانی اخیر الذکر است.

تعریف اصطلاحی

اما معنای داوری در اصطلاح حقوقی تا حدی به معنای لغوی آن نزدیک است. برخی داوری را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «داوری عبارت است از فصل اختلافات بین طرفین یا ثالث آنها را در جهت انتخاب نموده باشند.» (همان)

در تعریف دیگری آمده است: «این روش را در واقع می‌توان شیوه‌ی خصوصی یا اختیاری حل و فصل قضایی یک اختلاف با توافق طرفین دانست.» (نصیری و شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۲۵)

پروفسور رنه داوید در تعریف داوری بیان می‌دارد: «داوری عبارت است از شیوه‌ای که با استفاده از آن دو یا چند شخص حل مسأله‌ای را که در ذی‌نفع هستند به یک یا چند شخص دیگر (داور یا داوران) می‌سپارند که اختیارات ناشی از یک قرارداد خصوصی است و براساس این قرارداد تصمیم‌گیری می‌کنند، بدون آنکه برای انجام این وظیفه از جانب دولت به آنها تفویض اختیار شده باشد.»

به موجب بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مصوب سال ۱۳۷۶ «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه، به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین یا انتصابی «در فرهنگ حقوقی بلاک داوری این‌گونه تعریف شده است:» ارجاع اختلاف به شخص بی‌طرفی (ثالث) که توسط اصحاب دعوی برگزیده می‌شود و طرفین پیشاپیش توافق می‌کنند که از رأی که داور پس از تشکیل جلسه و استماع اظهارات طرفین صادر می‌کند، متابعت نمایند» (بردبار، ۱۳۸۴، ص ۲۱) فرهنگ دیگر داوری را «ارجاع و تسلیم اختلاف به تصمیم و نظر شخص و نه دادگاه‌های صالحه تعریف می‌کند» (همان، ص ۲۲) در فرهنگ حقوقی آکسفورد نیز داوری این‌گونه تعریف شده است: «فیصله‌دادن (حکم‌دادن) یک اختلاف به وسیله یک یا چند شخص ثالث بی‌طرف (سریع‌تر از یک دادگاه) داوران به وسیله طرفین انتخاب می‌شوند.» (ای مارتین، ۱۳۸۴، ص ۳۱)

در تعریف دیگری، به خصیصه الزام بودن رأی داوری اشاره شده است، طبق این تعریف داوری عبارت است از: «ارجاع یک کشمکش یا اختلاف برای دادخواهی به شخص سوم که توسط طرفین دعوی برگزیده شده است و تصمیم او برای آن دو الزام‌آور است» (پاول اسمیت، ۱۳۷۷، ص ۱۸۷)

در تعریف دیگری از داوری آمده است: «رسیدگی حقوقی بر مبنای درخواست طرفین برای تشخیص و اجرای حقوق و تکالیف آنها.» (گنیز، ۱۳۸۶، ص ۲۱۰)

با بررسی تعاریف فوق‌الذکر، مشخص می‌شود که هیچ یک از آنها به تنهایی بیانگر مفهوم دقیق و کامل داوری نمی‌باشند؛ به طوری که در تعریف اول خصیصه قراردادی و قضایی داوری مغفول مانده

است. تعریف دوم نیز شامل داوری اجباری نمی‌گردد و به خصیصه الزام آور بودن آن اشاره نمی‌کند. به همین ترتیب تعاریف دیگری نیز دارای ایراداتی می‌باشند. بدین ترتیب با عنایت به مطالب مطروحه، کامل‌ترین تعریفی که می‌توان از داوری ارائه داد عبارت است از: «شیوه‌ای است که با استفاده از آن، دو یا چند شخص، حل مسأله‌ای را که در آن ذی‌نفع هستند را با توافق یک دیگر به یک یا چند شخص بی‌طرف (داور یا داوران) ارجاع می‌دهند تا ایشان با توجه به حقوق موضوعه و اصول کلی حقوقی و عرف و قواعد انصاف، موضوع مختلف فیه را حل و فصل نمایند و رأی صادره توسط ایشان را برای خود الزام‌آور قرار می‌دهند.»

تعریف داوری تجاری بین‌المللی

در کنار داوری داخلی و خارجی^۱، داوری بین‌المللی قرار دارد. منظور از داوری بین‌المللی، موضوع حقوق بین‌المللی عمومی نیست، این‌گونه داوری که در رابطه با «حاکمیت دولت‌ها» انجام می‌شود قواعد خاص خود را دنبال می‌کند؛ بلکه منظور داوری تجاری بین‌المللی است که راجع به معاملات بین‌المللی می‌باشد، اعم از اینکه میان اشخاص عمومی (دولت‌ها).

به سبب افزایش سریع حجم و توانمندی بازرگانی بین‌المللی، سرمایه‌گذاری خارجی و انتقال فن‌آوری در چند دهه پیشین - که رشد هم‌زمان اختلافات بین‌المللی را نیز در داشت - طرفین اختلاف بیشتر ترجیح می‌دادند که اختلاف خود را در مراجعی اقامه کنند که بخشی از ساختار دولتی یک کشور معین نباشند. آنان در واقع به دنبال یک داوری بین‌المللی بودند که تحت قواعد و آیین پذیرفته شده بین‌المللی باشد. (بردبار، همان، ص ۳۴) در خصوص نحوه تشخیص داوری تجاری بین‌المللی، ملاک قابل اعتمادی نمی‌توان ارائه نمود. ممکن است از نظر سیستم قضایی یک کشور، داوری یک عنصر خارجی باشد. همچنین است فرضی که در آن اصحاب دعوی، نسبت به کشور محل داوری، بیگانه‌اند (یعنی دارای تابعیت آن کشور نیستند) یا زمانی که داوری به یک سازمان داوری بین‌المللی^۲ واگذار شده یا داوری تابع مقرراتی باشد که جنبه بین‌المللی دارند.^۳ به استثنای مورد اخیر که در آن خود اختلاف، الزاماً جنبه بین‌المللی دارد، در سایر موارد یاد شده داوری زمانی می‌تواند واقعاً بین‌المللی باشد که راجع به تجارت بین‌المللی باشد یا لاقلاً به معاملات دارای خصیصه بین‌المللی مربوط باشد که ممکن است جنبه تجاری نداشته باشند. این راه حل را در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه می‌بینیم که به موجب ماده ۱۴۷۲ آن «داوری وقتی بین‌المللی است که در آن منافع تجارت بین‌المللی مطرح باشد» چنین داوری اگر در

۱ چنانچه موضوع مورد اختلاف که به داوری ارجاع گردیده، منحصرأ به حاکمیت یک کشور مرتبط باشد، داوری داخلی است و رأی صادره در داوری داخلی، برای کشورهای دیگر خارجی محسوب می‌گردد.
۲ مانند مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ICSID).
۳ بعنوان مثال داوری تابع مقررات داوری انسیترال باشد.

خارج از فرانسه منتهی به صدور رأی شده باشد، رأی راجع به آن خارجی تلقی نمی‌شود، بلکه بین‌المللی است و بنابراین مشمول مقررات منعکس در ماده ۱۴۷۳ که شامل آرا داوری خارجی می‌شود، نخواهد بود. مقررات اخیر در مورد آرای نیز اعمال می‌شود که در خود کشور فرانسه در زمینه تجارت بین‌الملل صادر شده باشند. هرگاه رابطه‌ای تابع حقوق بین‌الملل قرار داده شده باشد، داوری راجع به آن ضرورتاً بین‌المللی است؛ لیکن عکس آن فرض، داوری را از حالت بین‌المللی خارج نمی‌کند؛ با وجود این داوری راجع به آن بین‌الملل باشد؛ آنچه مهم است این می‌باشد که موضوع اختلاف به منافع تجارت بین‌الملل مرتبط شود. به موجب بند ب ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، داوری زمانی بین‌المللی است که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری، به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد؛ بدین ترتیب در حقوق ایران معیار شخصی مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است.

مطابق بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه آنیسترال «داوری در صورتی بین‌المللی است که:

(الف) مرکز تجارت طرفین موافقت‌نامه داوری، در زمان انعقاد قرارداد مذکور، در کشورهای مختلف باشد؛

(ب) یکی از محل‌های زیر، خارج از کشوری باشد که مرکز تجارت طرفین در آن کشور واقع است:

(یک) محل داوری در صورتی که در موافقت‌نامه داوری تصریح یا به موجب آن تعیین شده باشد.

(دو) هر محلی که قسمت اساسی تعهدات ناشی از روابط تجاری می‌بایستی در آن محل اجرا شود یا

محلی که موضوع اصلی اختلاف، نزدیک‌ترین ارتباط را با آن محل دارد؛

(ج) طرفین صریحاً توافق کرده باشند که موضوع اصلی موافقت‌نامه داوری به بیش از یک کشور ارتباط

دارد.

بدین ترتیب بسیار روشن است که قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران بسیار تنگ‌نظرانه با موضوع

برخورد نموده است و تا حد زیادی فلسفه وجودی خود را در تسهیل داوری راجع به اختلافات تجاری

بین‌المللی و ایجاد اقبال نسبت به خود زیر سؤال برده است. (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۳۸)

برعکس مکانیسم‌های داخلی حل و فصل اختلافات که آئین دادرسی ثابت و قواعد شناخته شده‌ای دارند،

داوری بین‌المللی مانند خود دعای بین‌المللی مستلزم وقوف به سیستم حقوقی بیش از یک کشور،

اطلاع از مبانی گوناگون صلاحیت مراجع رسیدگی و نیز محتاج آگاهی از انواع آیین دادرسی و مقررات

آنها در مورد ادله اثبات دعوا (مبانی و واقعیات)، قانون حاکم بر دعوا، اثبات قانون خارجی و بالاخره

اجرای حکم می‌باشد. به علت جنبه‌های فراملی نهفته در داوری بین‌المللی، خواه‌یا ناخواه مسایل

صلاحیتی، در داوری بین‌المللی بیشتر پیش می‌آید. به همین لحاظ هرگونه ابهام و بلا تکلیفی از حیث

مسایل صلاحیتی تبدیل به رویه‌ای بین‌المللی شده است. در کشورهایی که مراکز بزرگ داوری در آنجا

واقع است، قوانینی تصویب شده که احکام جداگانه‌ای برای داوری بین‌المللی پیش‌بینی نموده است. در

قواعد داوری مؤسسات داوری بین‌المللی نیز طبقه‌بندی داوری‌ها و تفکیک آنها در رابطه با معاملات

مختلف بین‌المللی مورد توجه و تأکید قرار گرفته است. (دووریز، ۱۳۸۶، ص ۴۵)

در تعریف موافقت‌نامه داوری نیز می‌توان گفت توافق‌نامه داوری عبارتست از توافق طرفین مبنی بر اینکه همه یا برخی از اختلافاتی که میان آنها پدید آمده یا ممکن است پدید آید را به داوری ارجاع نمایند.^۱ موافقت‌نامه داوری گاه در قالب یک قرارداد مستقل است و گاه بصورت شرط داوری منعقد می‌شود، نوع دوم موافقت‌نامه داوری رایج‌تر است و لذا در بسیاری از موارد ملاحظه می‌کنیم که صحبت از شرط داوری است.

مزیت داوری نسبت به سایر روش‌های حل و فصل اختلافات تجاری

در تعریف داوری گفته شده "داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه بوسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی"^۲ داوری نسبت به سایر روش‌های حل و فصل اختلافات دارای مزایایی است که باعث می‌گردد از آن به‌عنوان روشی نوین در قراردادهای تجاری بین‌المللی مورد استفاده قرار گیرد. نخستین مزیت داوری این است که در حالی که اجرای آرای دادگاه‌های ملی در کشورهای دیگر معمولاً با مقررات سختگیرانه‌ای مواجه است و در واقع به دلیل فقدان یک معاهده فراگیر در خصوص اجرای آرای قضایی خارجی در قلمرو سایر کشورها، اجرای این آرا به مقررات داخلی کشور محل اجرا بستگی دارد، اجرای آرای داوری در سایر کشورها از پذیرش زیادی برخوردار بوده و به موجب کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی^۳، رأی صادره در هر یک از کشورهای عضو، در دیگر کشورهای عضو قابل شناسایی اجراست و تنها در موارد مصرح در آن کنوانسیون دادگاه‌های ملی یک کشور عضو می‌توانند از اجرای آرای داوری خودداری کنند.

مزیت دیگر داوری غیرعلنی بودن جلسات داوری و محرمانه بودن رسیدگی داوری است. در حالی که در اکثر کشورها علی‌الاصول جلسات دادرسی در دادگاه به‌صورت علنی برگزار می‌شود، رسیدگی علنی به دعاوی تجاری بین‌المللی باعث افشا جزئیات قراردادهای تجاری بین‌المللی و لطمه به اعتبار تجار بین‌المللی می‌شود. بنابراین از آن جایی که داوری یک رسیدگی خصوصی و محرمانه تلقی می‌شود و داورها نیز از افشای موارد اختلاف و جزئیات رسیدگی و قراردادهای تجاری منع می‌شوند روابط تجاری طرفین به بهترین وجه حفظ شده و از لطمه به روابط حرفه‌ای طرفین و افشا جزئیات قراردادهای تجاری آن‌ها جلوگیری می‌شود. این امتیاز داوری برای کسانی که تمایلی ندارند اسرار تجاریشان فاش شود، اهمیت به‌سزایی دارد و به خصوص برای تجاری که تمایلی ندارند مشکلات مالی آن‌ها در رسیدگی نزد محاکم علنی شود، حائز اهمیت است. (مرتضوی، ۱۳۹۳، ص ۲۸)

1 WIPO Arbitration Rules 1994

۲ بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب.

3 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention")

مسئله دیگر سرعت رسیدگی در داورها می‌باشد. دادگاه‌ها به دلیل تراکم پرونده‌ها اوقات دادرسی طولانی تعیین می‌کنند و به‌علاوه وجود برخی مقررات موجب شده که برخی پرونده‌ها سال‌ها در دادگاه‌ها رسیدگی شده و نهایتاً نیز رأی قطعی و نهایی در مورد آن صادر نشود. این در حالی است که داور دچار معضل تراکم نیست و به‌علاوه به واسطه اینکه رسیدگی داورها معمولاً با نوعی تسامح و سازش همراه است، اصولاً طرفین راحت‌تر نسبت به نتیجه آن توافق می‌کنند. سرعت در رسیدگی داورها گاه به‌دلیل عدم وجود تشریفات دادرسی در داورها است. اساساً یکی از نقاط مهم افتراق دادرسی و داورها در این است که دادرسی ذاتاً مبتنی بر مرافعه و منازعه است ولی در داورها این‌گونه نیست. به هر روی، انتظار عدالت بهتر با توسل به راه حل سریع و ارزان از ویژگی‌ها و علل مراجعه به داورها شمرده شده است. (صفایی، ۱۳۹۰، ص ۹۲) علاوه بر این، داورها موجب صرفه‌جویی در هزینه‌ها می‌شود. در دادرسی، هزینه‌های رسیدگی گاه بسیار گزاف تمام می‌شود و همین امر موجب می‌شود که عطای دادرسی و اقامه دعوی در دادگاه به لقای آن بخشیده شود. به خاطر ترافی و تنازعی بودن دادرسی، گاه یک پرونده سالیان دراز به طول می‌انجامد و هزینه‌های زیادی را به دوش طرفین تحمیل می‌کند. داورها هر چند مجانی و بی‌هزینه نیست اما هزینه‌های آن قابل قیاس با دادرسی نیست. (دارایی، ۱۳۸۵، ص ۳۳۴)

وجود موانع و معایب در جریان دادرسی در دادگاه‌ها از یک‌سو و مزایایی که داورها در بر دارد از سوی دیگر، موجبات گرایش روز افزون طرفین اختلاف به‌ویژه در امور تجاری را به داورها فراهم آورده است. گرایش به داورها در سطح داخلی خود را در قالب پدید آمدن مؤسسات داورها و درج شرط داورها در قراردادها نشان می‌دهد. به‌علاوه در قوانین نیز مواردی از داورها اجباری پیش‌بینی شده است. اما گسترش داورها صرفاً در سطح داخلی نبوده است. افزایش مناسبات و روابط بین‌المللی و پدید آمدن تجارت حقیقی و حقوقی که به انعقاد قرارداد با اتباع سایر کشورها و یا سایر دول می‌پردازند موجب گسترش و شکل‌گیری تجارت در سطح بین‌المللی شده است. از آنجایی که در این قراردادها با یکی از عناصر خارجی بر شمرده شده مواجهیم، مسئله دخالت مرجعی غیر از دادگاه‌های داخلی برای حل منازعات ناشی از این گونه قراردادها قوت می‌گیرد. اصولاً نه تجار به دادگاه‌های ملی - به‌ویژه اگر دارای تابعیت واحد با طرف مقابل اختلاف باشند - اعتماد کافی دارند و نه طبع تجارت بین‌المللی با طرح اختلافات ناشی از آن در دادگاه‌های داخلی سازگاری دارد. از این رو گرایش به حل اختلافات ناشی از قراردادهای بین‌المللی از طریق داورها رو به فزونی نهاده و تقریباً کمتر قرارداد بین‌المللی را می‌توان یافت که در آن شرط داورها گنجانده نشده باشد. تخصص داورها دیگر مزایای داورها است. این امر خود از نتایج حاکمیت اراده طرف‌های اختلاف در انتخاب داور است. اطراف اختلاف به هنگام تنظیم موافقت‌نامه داورها سعی می‌کنند داورانی را انتخاب کنند که در موضوع مورد اختلاف دارای تخصص و تجربه باشند، این امر موجب می‌شود که سرعت و دقت در داورها نیز تضمین شود و موجبات اعتماد بیشتر طرف‌های اختلاف به فرایند داورها فراهم آید. (همان)

البته در زمینه داوری‌های تجاری می‌توان به معایبی نظیر ضمانت اجراهای شکلی و ماهوی و همچنین دخالت‌های دادگاه‌ها پس از صدور رای داوری اشاره نمود.

معایب داوری

در برابر محاسنی که برای داوری ذکر نمودیم، معایبی نیز برای آن ذکر کرده‌اند که برخی از این معایب در برابر محاسن قرار می‌گیرند. یعنی گاه همان امری که به‌عنوان حسن ذکر می‌شود، از منظر دیگر عیب محسوب شده است. مهم‌ترین معضل داوری، ضمانت اجرای آراء آن است. آرای قضایی پس از صدور دارای ضمانت اجرا هستند و به محض درخواست محکوم‌له، اجرائیه صادر می‌شود ولی آرای داوری برای اجرا نیاز به طی مراحل دارند و به‌ویژه در مورد اجرای قراردادهای داور پیش از تصویب ق.د.ت.ب. شبهاتی وجود داشت که هم اکنون ماده ۱۷ این قانون به داور اجازه صدور دستور موقت را داده است. البته اصل امکان صدور دستور موقت محل گفتگو نیست اما مهم این است که داور قدرت الزام به اجرای رای یا دستور موقت را ندارد. بحث ضمانت اجرا در داوری تجاری بین‌المللی از اهمیت بیشتری برخوردار است. زیرا رای داور بین‌المللی عمده‌تاً در کشوری غیر از مقر داوری اجرا می‌شود و به‌عبارت دیگر از دادگاهی غیر از دادگاه مقر داوری، درخواست صدر اجرائیه به‌عمل می‌آید. لذا در اینجا همانند اجرای آرای دادگاه‌ها در کشور خارجی، مساله شناسایی مطرح می‌شود. اجرای رای داور خارجی یا از طریق معاهدات دو جانبه یا بین‌المللی و یا از طریق حقوق ملی صورت می‌گیرد. تا قبل از سال ۱۳۸۱ در ایران، اجرای آرای داوری خارجی از طریق حقوق داخلی انجام می‌شد اما کشورمان در سال به کنوانسیون بین‌المللی شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی معروف به کنوانسیون سال نیویورک پیوست، آیین اجرای کنوانسیون نیویورک نسبتاً راحت است و متقاضی اجرا فقط باید اصل یا گواه مصدق رای داوری را تسلیم دادگاه کشور حل اجرا کند. اما نکته‌ای که مدنظر ماست، این می‌باشد که حتی در کنوانسیون نیویورک نیز صحبت از اجرای رای داور است و نه قرار و یا دستور موقت داور. این کنوانسیون مخصوص اجرای آرای داوری خارجی است و نه قراردادهای تامین و دستور موقت صادره از سوی داور.

صرف‌نظر نمودن از برخی تضمینات شکلی، از دیگر معایب داوری ذکر شده است. ۵۵ همان‌گونه که عدم‌الزام به رعایت تشریفات آیین دادرسی از محاسن داوری ذکر شد که می‌تواند موجب سرعت بیشتر در داوری شود، اما در عین حال این نکته مثبت یک اثر منفی دارد و آن عدم وجود تضمینات شکلی موجود در آیین دادرسی، در داوری است. برخی نویسندگان، آسیب‌پذیری نسبی نهاد داوری به علت عدم دقت در انشای شروط آن و استفاده نا به‌جا و بی‌مورد از داوری و انتخاب‌داوران نامناسب" (محمدزاده، ۱۳۷۹، ص ۲۸) را از عیوب داوری بیان کرده‌اند. به‌نظر ما نمی‌توان این موارد را از عیوب داوری بر شمرد. زیرا وقتی از عیوب داوری سخن می‌گوییم، منظور معایبی است که در ذات داوری و طبع رسیدگی آن

نهفته است و نه عیب‌هایی که از مسایل جنبی ناشی می‌شود. آنچه در این بند به‌عنوان عیوب ذکر شد، از طبع‌داوری سرچشمه نمی‌گیرد بلکه ناشی از عدم دقت طرف‌های اختلاف است. پس از صدور رای دادگاه، قانون‌گذار طرق مختلفی را برای شکایت از آن رای پیش‌بینی نموده است از قبیل تجدیدنظر، فرجام، اعاده داری و غیره اما پس از صدور رای داور، طرق مذکور مسدود است و معترض فقط امکان در خواست ابطال رای داور را دارد و سایر روش‌های اعتراض که در آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده در داوری قابل اعمال نیست.

عناصر داوری

"داوری عبارت‌است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به‌وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی". این تعریفی است که در بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ ارائه شده است. هرچند مبنای قانون داوری تجاری بین‌المللی، قانون نمونه آنسیترال بوده است لیکن در قانون نمونه، تعریفی از داوری ارائه نشده و تعریف مقنن ایرانی، تعریفی ابداعی است. در سایر قواعد داوری نظیر قواعد داوری آی‌سی‌سی، قانون داوری انگلستان^۱، قواعد داوری وایپو، قانون داوری مصر مصوب ۱۹۹۴ و غیره هرچند بعضاً قرارداد داوری تعریف شده است اما ذکری از تعریف داوری به میان نیامده است. در این مجال سعی نداریم تا به بیان تعاریف ارائه شده از سوی حقوق دانان بپردازیم، لذا به موضوع اصلی خود یعنی ارائه عناصر موجود در تعریف داوری می‌پردازیم. در داوری بر دو عنصر اساسی تاکید می‌شود عنصر قراردادی داوری، عنصر قضایی داوری.

عنصر قراردادی

داوری در واقع تاسیس عدالت خصوصی مبتنی بر توافق طرف‌های اختلاف است و این وجه تمایز اصلی داوری و رسیدگی قضایی است. عنصر قراردادی داوری آثار خود را در تمام عرصه‌های داوری نشان می‌دهد که از جمله مهم‌ترین آثار آن می‌توان به این موارد اشاره نمود: اولاً ارجاع‌به داوری در اختیار طرف‌های اختلاف است (بند الف و ج ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م ۱۳۷۹)، ثانیاً طرف‌های اختلاف در نحوه انتخاب داوران و تعداد آنها آزادند. (مواد ۱۰ و ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی و مواد ۴۵۵ و ۴۶۴ و...) ثالثاً طرف‌ها در تعیین قانون‌حاکم بر جنبه‌های مختلف داوری (قانون حاکم بر قرارداد داوری، قانون حاکم بر آیین رسیدگی داوری و قانون حاکم بر ماهیات دعوی) آزادند (به ترتیب بندب از قسمت الف ماده و ماده و بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی)، البته در داوری داخلی طرفین تنها در انتخاب آیین رسیدگی آزادند (ماده ۴۷۷ ق.آ.د.م) اما قانون حاکم بر قرارداد داوری و ماهیت اختلاف، مقررات ایران است. به‌طور کلی شروع داوری، نحوه رسیدگی داورو پایان آن در

اختیار طرف‌های اختلاف است. برخی حقوق‌دانان مساله استقلال شرط داوری و مساله صلاحیت نسبت به صلاحیت را از توابع بحث قراردادی بودن داوری دانسته‌اند. (اشمیتوف، ۱۳۸۷، ص ۹۹۰) ممکن است کسی در رد عنصر قراردادی داوری به داوری‌های اجباری استناد کند که در پاسخ باید گفت که موارد داوری اجباری استثناء هستند و استثناء را باید در موضع نص تفسیر نمود. حکومت گاه از باب مصالح و نظم عمومی تصمیم می‌گیرد که برخی اختلافات مستقیماً و بدون رسیدگی ابتدایی قضایی به داوری ارجاع شوند که خارج از چارچوب بحث ماست.

عنصر قضایی

هرچند داوری ریشه قراردادی دارد ولی داور عمل شبه قضایی انجام می‌دهد و تصمیم وی برای طرفین لازم‌الاتباع است و در قوانین داوری راه‌های ابطال رای داور پیش‌بینی شده است و این احصاء طرق ابطال یا بطلان، حاکی از محدود بودن طرق اعتراض به رای داور است. نکته مهم موید عنصر قضایی داوری، این است که علی‌رغم اینکه هر طرف داور منتخب خود را معرفی می‌نماید، اما این داور باید مستقل از کسی باشد که وی را انتخاب نموده و بی‌طرف باشد. اصول دادرسی عادلانه باید در داوری رعایت شود از قبیل اصل تناظر و بی‌طرفی و... حقوق‌دانان هرکدام بر یک جنبه داوری تأکید می‌کنند. برخی جنبه قضایی داوری را بر جنبه قراردادی آن اولی می‌دانند و گروه دیگر برعکس. این اختلاف به‌ویژه در بحث مسئولیت مدنی داور رخ می‌نمایند. آنان که بر جنبه قراردادی داوری تأکید بیشتری دارند، مسئولیت مدنی داور را در صورت تخلف، از باب مسئولیت مدنی می‌دانند و آن‌انکه بر جنبه قضایی داوری تأکید بیشتری می‌کنند، در صورت تخلف داوری، مسئولیت وی را از باب مسئولیت خارج از قرارداد ارزیابی می‌نمایند.

تقسیم‌بندی‌های داوری

از داوری تقسیم‌بندی‌های مختلفی با توجه به جهت تقسیم ارائه شده است. فرضاً از جهت نحوه تشکیل، داوری را به سازمانی و موردی و از جهت وجود یا عدم وجود عامل خارجی به داوری داخلی (ملی) و خارجی (بین‌المللی) منقسم نموده‌اند. همچنین داوری را از جهت لزوم یا عدم لزوم تشکیل به داوری اختیاری و اجباری و از زاویه نحوه حل اختلاف به داوری قانونی و منصفانه و از جهت اطراف داوری به داوری دو جانبه و چند جانبه تقسیم کرده‌اند و سرانجام داوری را از لحاظ نحوه ارجاع امر به داوری، به داوری قضایی و قراردادی می‌توان تقسیم نمود. البته مسلماً ارائه این تقسیمات بدین معنا نیست که داوری فقط در قالب یکی از آنها قرار می‌گیرد بلکه ممکن است یک داوری از جهتی سازمانی محسوب می‌شود از جهت دیگر منصفانه و از زاویه دیگر خارجی.

داوری سازمانی و موردی

در قانون داور تجاری بین‌المللی تعریفی از داور سازمانی یا نهادی ارایه نشده و صرفاً در برخی مواد به اصطلاح اشاره شده است. اصولاً داور سازمانی به داور می‌گویند که اطراف دعوی قبل یا بعد از وقوع اختلاف به سازمان داور رجوع کرده و از آن می‌خواهند که برطبق مقررات داور سازمان زیربند به داور بپردازد. "یعنی ضمن کمک به انتخاب داور و ارجاع دعوی به وی، بر جریان کار نظارت نموده و داور را مدیریت نماید." (سیفی، ۱۳۸۳، ص ۲۱) در برابر داور سازمانی، داور موردی یا اختصاصی (ad hoc) قرار دارد. در داور موردی، داور برای مورد خاص انتخاب می‌شود و داور در قالب یک سازمان داور انجام نمی‌شود. لذا طرفین خود در مورد نحوه رسیدگی داور یا داوران توافق می‌کنند بدون اینکه سازمان نظارت‌کننده‌ای وجود داشته باشد. در واقع با کمی دقت متوجه می‌شویم که در داور سازمانی با یک قرارداد سه جانبه مواجهیم که در یک سوی آن طرفین اختلاف و در سوی دیگر سازمان داور و در طرف دیگر داور قرار دارد. زیرا طرف‌های اختلاف دعوی را در سازمان مطرح می‌نمایند و سازمان دعوی را به یک یا چند داور ارجاع می‌دهد و داور یا داوران باید قبول کنند تا این قرارداد سه جانبه شکل گیرد. البته شاید بتوان گفت که قرارداد طرفین اختلاف و سازمان داور قرارداد مستقلی است و سازمان داور قرارداد و دومی را با داور منعقد می‌کند. ۸۴ اما این عقیده قابل پذیرش نیست. زیرا همان‌طور که در آینده مطرح خواهد شد، داور در برابر اطراف اختلاف تکالیفی دارد که عدم انجام آن تکالیف برای وی مسئولیت‌آور است و برخی از این مسئولیت‌ها ریشه قراردادی دارند و مسئولیت قراردادی در صورتی معنا دارد که قراردادی الزام‌آوری وجود داشته باشد.

اما حقوق‌دانان برای داور سازمانی در برابر داور موردی مزایای را ذکر کرده‌اند از جمله اینکه چون در داور سازمانی اصولاً سازمان داور برطبق مقررات داور همان سازمان به اختلاف رسیدگی می‌کند، به سازماندهی داور کمک کارشناسانه می‌شود. زیرا در داور سازمانی نیز قرارداد طرفین اولویت دارد و آیین داور سازمان داور مکمل توافق طرفین است. لذا داور سازمانی "انجام فعالیت‌هایی که در داور موردی و در غیاب سازمان داور، اصحاب دعوا ناچارند یا با تریک مساعی و احیاناً صرف وقت زیاد و بدون کارشناسی، خود به آن بپردازند - که به دلیل وجود اختلاف، امکان تشریک مساعی کم است - و یا برای حل آن به دادگاه رجوع کنند" (همان، ص ۱۳۱) را آسان می‌نماید. البته باید توجه کنیم که داور سازمانی را با داور سازمان یافته اشتباه ننماییم. داور سازمان یافته نوعی از داور موردی است که به صورت منظم و در سطحی گسترده انجام می‌شود. مثلاً داور دعوی ایران و آمریکا نوعی از داور موردی سازمان یافته است.

داوری اختیاری و اجباری و داور الزام‌آور و غیرالزام‌آور

از دیگر تقسیمات در زمینه داور، تقسیم داور به اجباری و اختیاری است. "داوری اگر ناشی از توافق

طرفین مبنی بر ارجاع قضیه‌ای به داوری‌باشد آن را داوری قراردادی گویند. (داوری به تراضی) اگر ارجاع به داوری به حکم قانون باشد آن را داوری اجباری (قهری) گویند. (همان، ص ۱۳۵)

در قوانین مختلف مواردی از داوری اجباری پیش‌بینی شده است. البته داوری اجباری به سه نحو قابل پیش‌بینی است. گاه قانون‌گذار درخواست یکی از طرفین را برای ارجاع اختلاف به داوری کافی می‌داند. مثلاً در قانون حکمیت سال ۱۳۰۶ مقنن پیش‌بینی کرده بود که با درخواست یکی از متداعیین، دادگاه موضوع را به داوری ارجاع می‌داد. البته همان‌طور که در تاریخچه دیدیم به لحاظ امکان سوء استفاده از داوری پیش‌بینی شده در "قانون حکمیت" و اطلاع دادرسی از طریق ارجاع اجباری اختلاف به داوری و نیز طرح دعاوی کهنه و قدیمی، قانون مزبور دوام چندانی نیاورد و مقررات داوری اجباری نسخ شد. روش دوم پیش‌بینی داوری اجباری، این است که قانون‌گذار مقرر نماید موضوع خاصی به داوری ارجاع شود و لزوماً از طریق داوری حل و فصل شود و یا لاقلاً الزام نماید که موضوع ابتدا به داوری ارجاع شود و در صورت عدم موفقیت در دادگاه طرح شود. نمونه‌های این نحو ارجاع بیش از نوع اول در قوانین پیش‌بینی شده است. در مقررات سابق مثل ماده ۶۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ و لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص و در قوانینی که اکنون لازم‌الاجرا هستند می‌توان از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۲۸/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام نام برد. رویکرد سوم در پیش‌بینی داوری اجباری این است که قانون‌گذار درج شرط ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد به داوری را الزامی نموده باشد. نمونه این امر را می‌توان در برخی قوانین راجع به قراردادی بین‌المللی مشاهده کرد. مثل ماده ۱۴ "لایحه قانونی مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره" مصوب ۱۳۳۶ و ماده ۵ قانون توسعه صنایع پتروشیمی" مصوب ۱۳۴۴ که در هر دو پیش‌بینی شده است: "اختلافاتی که بین شرکت ملی نفت ایران (یا شرکت ملی صنایع پتروشیمی) و طرف‌های دیگر پیش می‌آید، چنانچه از طریق مذاکره دوستانه به نحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود از طریق سازش و داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به سازش و داوری در هر قرارداد به نحو مقتضی پیش‌بینی می‌گردد." (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸) توجه داشته باشیم که داوری اجباری و داوری الزام‌آور دو اصطلاح متفاوت می‌باشند. داوری اجباری همان است که در بالا توضیح آن داده شد اما داوری الزام‌آور بدان معناست که ادامه جریان داوری برای طرفین الزامی باشد و طرفین نتوانند به میل خود، داوری را ترک کنند. بنابراین داوری الزام‌آور و داوری الزامی (اجباری) رابطه منطقی عموم و خصوص من وجه دارند. از همین جا وجه تقسیم داوری به الزام‌آور و غیرالزام‌آور روشن می‌شود. با توضیحاتی که در بالا دادیم معلوم می‌شود که داوری غیرالزام‌آور داوری است که طرفین در هر زمان می‌توانند داوری را ترک کرده و اختلاف را در دادگاه طرح نمایند. داوری اصولاً الزام‌آور است و طرفین نمی‌توانند داوری را بلا جهت ترک کنند. زیرا داوری همان‌طور که دیدیم عموماً قراردادی است و قرارداد داوری نیز مانند هر قرارداد

دیگر الزام آور بوده و طرفین مکلف به انجام تعهدات ناشی از قرارداد می‌باشند. تعهد اصلی قرارداد داوری این است که طرفین نزد داور حاضر شده و اختلاف را در محضر داور حل و فصل نمایند. بنابراین داوری اصولاً الزام آور است اما داوری غیرالزام آور در یک فرض قابل تصور است و آن وقتی است که طرفین شرط خیاری در قرارداد درج نمایند که براساس آن در مدت معین بتوانند داوری را فسخ نمایند و یا شرط فسخ به صورت معلق باشد که در صورت تحقق معلق علیه، مشروطاً حق فسخ قرارداد را بدست آورد.

داوری داخلی (ملی) و خارجی (بین‌المللی)

وجه ممیز داوری خارجی و داخلی، وجود یا عدم وجود عامل و عنصر خارجی است. داوری خارجی به داوری گویند که در آن یک عنصر خارجی وجود دارد. این عنصر خارجی می‌تواند تابعیت، اقامت‌گاه، محل تجارت، محل وقوع قرارداد، محل اجرای قرارداد و غیره باشد. در بند "ب" ماده یک ق.د.ت.ب عامل تابعیت طرفین به عنوان عامل موثر در بین‌المللی محسوب شدن داوری معرفی شده است. در خصوص این ماده مختصراً می‌گوییم که این ماده نیاز به اصلاحاتی دارد و در تجارت بین‌المللی و داوری تجاری بین‌المللی معنایی ندارد که تابعیت را ملاک ملی یا بین‌المللی محسوب شدن قرار دهیم و حتی عده‌ای اعتقاد دارند که تابعیت هیچ نقشی در تجارت ندارد و عامل مرزهای جغرافیایی را نمی‌توان ملاک قرار داد زیرا موجب محدود شدن تجارت می‌گردد. در بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال، همانطور که در قسمت تعریف داوری تجاری بین‌المللی دیدیم، چهار عامل برای بین‌المللی محسوب شدن داوری در نظر گرفته شده که عبارتند از: ۱- عامل مرکز تجارت؛ ۲- عامل محل اجرای تعهدات؛ ۳- عامل مقرر داوری؛ ۴- عامل توافق.

ماده ۱۴۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه که از می سال ۱۹۸۱ لازم الاجرا شد مقرر می‌دارد: "داوری وقتی بین‌المللی است که منافع تجارت بین‌الملل را لحاظ قرار دهد." همان‌گونه که ملاحظه می‌شوند قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه معیاری مبهم را طرح نموده و به همین دلیل است که سایر نظام‌ها مسیر فرانسه را نپیموده‌اند و از آن تبعیت نکرده‌اند مگر الجزایر که البته در این کشور نیز علاوه بر معیار فوق‌الذکر، لازم است که حداقل یکی از طرفین قرارداد داوری، یا اقامت‌گاهش در خارج از الجزایر باشد و یا مرکز تجارتش. در قانون داوری مصر مصوب سال ۱۹۹۴، صدر ماده ۳ مقرر می‌دارد که "از نظر این قانون، داوری وقتی بین‌المللی محسوب می‌شود که موضوع آن اختلافاتی باشد که با تجارت بین‌المللی مرتبط است." این قسمت ماده این‌گونه القاء می‌کند که قانون داوری مصر نیز ملاکی مشابه قانون فرانسه ارایه داده است اما در ادامه ماده، معیارهایی مطرح می‌شود که ظهور اولیه را مخدوش می‌کند. این ماده در ادامه مقرر می‌کند: "همانند موارد ذیل" و در چهار بند به ترتیب ملاکات ذیل را مطرح می‌کند که خلاصه آن بدین شرح است: ۱- مرکز اصلی امور طرفین اقامت‌گاه؛ ۲- ارجاع

داوری به سازمان داوری که در خارج از مصر قرار دارد؛^۳ ارتباط موضوع قرارداد داوری با بیش از یک کشور؛^۴ علی‌رغم وجود اقامت‌گاه طرفین در مصر، مکان اجرای قرارداد داوری یا محل اجرای تعهدات قرارداد اصلی یا مکانی که با موضوع اختلاف بیشترین ارتباط را دارد در کشوری غیر از مصر واقع شده باشد. با مطالعه این موارد تمثیلی و مقایسه آن با ملاکات قانون نمونه آنسیترال می‌توان گفت که قانون داوری مصر تقریباً معنایی مشابه قانون نمونه آنسیترال را مدنظر داشته و نه معیار قانون فرانسه را. البته باید به این نکته توجه نمود که آرای داوری را به آرای داوری داخلی و خارجی و آرای داوری ملی و بین‌المللی تقسیم می‌کنند. مفهوم رای داوری بین‌المللی مفهوم جدیدی است که با مفهوم رای داوری خارجی تفاوت دارد. اما در اینجا این نکته را خاطر نشان می‌نماییم، تا آنجا که به حد مطالعات ما مربوط می‌شود در آثار حقوقی مفهوم داوری بین‌المللی و خارجی، مشترک معنوی بوده و یک معنا دارند.

داوری قانونی و منصفانه

از حیث قانون حاکم، داوری را می‌توان به‌داوری قانونی و منصفانه تقسیم نمود. به‌طور خلاصه در داوری قانونی، داور ملزم به رعایت قوانین است اما در داوری منصفانه داور می‌تواند براساس انصاف و به‌صورت کدخدا منشانه به اختلاف رسیدگی کند (بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی)، ریشه این تقسیم‌بندی در انون داوری تجاری بین‌المللی قابل ملاحظه است. البته همان‌طور که در آینده بیشتر خواهیم گفت، قانون حاکم از سه جنبه قابل بررسی است: قانون حاکم بر قرارداد داوری، قانون حاکم بر ماهیت دعوی و قانون حاکم بر آیین داوری. در خصوص قانون حاکم بر ماهیت، ق.آ.د.م کشورمان در ماده ۴۸۲ صریحاً در خصوص داوری داخلی مقرر می‌دارد که رای داور نمی‌تواند با قوانین موجود حق، مخالف باشد. به‌عبارت دیگر داور در داوری داخلی نمی‌تواند براساس قواعد انصاف رای دهد. اما بند ۱ ماده ۷۲ انون داوری تجاری بین‌المللی عبارت "قواعد حقوقی" را بکار برده و می‌گوید که داور براساس قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف انتخاب کرده‌اند، اتخاذ تصمیم می‌نماید. عده‌ای از عبارت قواعد حقوقی این‌گونه استنباط کرده‌اند که "این قانون راه را برای انتخاب حقوق فراملی بازرگانی توسط طرفین بازگذارد." (نیکبخت، ۱۳۷۹) فلذا داور می‌تواند براساس قواعد حقوقی که به هیچ کشوری تعلق ندارد، رای صادر نماید. درباره قانون حاکم بر قرارداد داوری، از مفهوم بند ب از قسمت ۱ ماده ۳۳ ق.د.ت.ب استنباط می‌شود که در تعیین قانون حاکم بر اعتبار قرارداد داوری، اراده طرفین مقدم است. اما این بند مقرر می‌دارد که اگر موافقت‌نامه داوری بموجب قانونی که طرفین بر آن موافقت‌نامه حاکم دانسته‌اند و در صورت سکوت قانون حاکم (البته مسلم است که قانون‌گذار در اینجا دچار سهو شده زیرا جمله "در صورت سکوت قانون حاکم" بی‌معنی است و مسلماً منظور مقنن در صورت سکوت طرفین در مورد قانون حاکم بوده است)، مخالف صریح قانون ایران باشد رای داوری

قابل ابطال است. همانطور که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار در این ماده فقط به طرفین اجازه داده که یک "قانون" را برای حکومت بر قرارداد داوری انتخاب کنند و ایشان نمی‌توانند خود مقررات را مبنی بر شرایط اعتبار قرارداد تدوین کنند و یا از عرف بازرگانی در این خصوص بهره‌برند. البته مسلم است که در صورت انتخاب قانون یک کشور برای حکومت بر قرارداد داوری، می‌توان در تفسیر قانون حاکم از عرف بازرگانی بین‌المللی استفاده کرد. نتیجتاً داور نمی‌تواند براساس انصاف به ارزیابی شرایط اعتبار قرارداد داوری بپردازد. در خصوص قانون حاکم بر آیین داوری، ق.د.ت.ب صریحاً آزادی اراده طرفین در انتخاب یا تدوین آیین داوری را به رسمیت شناخته است و به داور نیز اختیار داده تا "داوری را به نحو مقتضی اداره و تصدی نماید." (ماده ۹۱ ق.د.ت.ب) ماده ۷۷۴ ق.آ.د.م نیز صریحاً می‌گوید: "داوران در رسیدگی و رای تابع مقررات آیین دادرسی نیستند...." البته این امر طبیعی است. زیرا اساساً یکی از وجوه ممیز داوری از دادرسی (رسیدگی در دادگاه) همین است که داور ملزم به رعایت تشریفات دادرسی نیست و این خود از نتایج اصل سرعت در داوری است. باید به این مساله توجه نمود که داور ملزم به رعایت "تشریفات" دادرسی نیست اما اصول دادرسی یعنی اصول و قواعد رسیدگی عادلانه باید رعایت شوند و داور ملزم به آنهاست و رسیدگی قضایی و داوری از این لحاظ شباهت دارند. مثلاً اصل تناظر از اصول رسیدگی عادلانه است خواه در رسیدگی قاضی یا داور. این الزام در مقررات مختلف راجع به داوری خواه در ق.آ.د.م یا ق.د.ت.ب ظهور یافته که از این قبیل است مقررات راجع به لزوم ابلاغ انتخاب داور به طرف مقابل (ماده ۹۵۴ ق.آ.د.م)، لزوم انتخاب داور از میان دو برابر تعدادی که برای داوری لازم است در صورت انتخاب داور توسط دادگاه (ماده ق.آ.د.م) سایر مواد راجع به این مساله و نیز مقررات گوناگون پیش‌بینی شده در ق.د.ت.ب.

داوری قضایی و قراردادی

داوری قضایی به معنای آن است که دادگاه موضوعی را به داوری ارجاع می‌دهد ولی در داوری قراردادی، طرفین خود براساس قرارداد، اختلافشان را به داور ارجاع می‌دهند. تفاوتی ندارد که این قرارداد داوری در ضمن قرارداد اصلی بوده باشد (شرط داوری) یا به صورت قراردادی مستقل خواه قبل یا بعد از وقوع اختلاف. مساله ارجاع اختلاف به داوری از جانب دادگاه در ق.آ.د.م پیش‌بینی شده است. در داوری قضایی داوی از طرف دادگاه به‌اذن قانون‌معین می‌شود.

داوری دوجانبه و چندجانبه و چندگانه

داوری از لحاظ اطراف آن به داوری دوجانبه، چندجانبه و چندگانه (موازی یا مرتبط) تقسیم شده است. در داوری دوجانبه، همان‌طور که از نامش پیداست که اختلاف بین دو طرف (خواه در هر طرف اختلاف یک شخص باشد یا در هر طرف اختلاف چند شخص باشند) به داوری ارجاع شده اما در داوری‌های

چندجانبه^۱، اطراف اختلاف بیش از دو طرف هستند. البته قبلاً گفتیم که در این داوری سازمانی، با سه طرف قرارداد موجهیم: اطراف اختلاف، سازمان داوری و داور یا داوران. توجه داشته باشیم که این نوع داوری را در صورتی که اطراف اختلاف دو طرف باشند، داوری دو جانبه می‌گویند. اما داوری چندگانه^۲ یا داوری موازی بیشتر با مساله تشکیل دیوان داوری مرتبط است. داوری چندگانه می‌تواند دو جانبه یا چند جانبه باشد. برای آشنایی بیشتر با این مفهوم آن را در قالب مثالی بیان می‌نماییم. کارفرما قراردادی با پیمان کار اصلی منعقد می‌کند و پیمان کار (ان) اصلی با پیمان کار فرعی اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید. در این قضیه دو قرار داد مرتبطند اما کارفرما و پیمان کار فرعی ارتباطی با یکدیگر ندارند. حال اگر در هر دو قرارداد مذکور شرط داوری وجود داشته باشد، بحث داوری مرتبط یا موازی مطرح می‌شود. این گونه قراردادهای مرتبط و دعاوی ناشی از آنها را دعاوی مرتبط و نیز داوری راجع به آنها را داوری مرتبط گویند. درباره این گونه داوری‌ها بحث‌های گوناگونی وجود دارد که مجال وسیع‌تری را می‌طلبد.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار سعی کردیم به بیان کلیات راجع به داوری بپردازیم. داوری نهادی دیرپاست که ایرانیان از دیرباز مورد استفاده قرار می‌داده‌اند و به ویژه با توجه و عنایت به مقررات اسلامی، داوری و حل غیر ترافی اختلافات امری نیکو و مستحسن بین ایرانیان محسوب می‌شده است. در حال حاضر علی‌رغم نیاز تجارت داخلی به روش‌های جایگزین حل اختلاف که در خارج از دادگاه به اختلافات تجار فیصله دهند، جای خالی داوری تجاری در مقررات تجاری کشورمان محسوس است. سرعت در ذات تجارت نهفته است و دادگاه‌ها نمی‌توانند به این نیاز پاسخ گویند. از طرف دیگر علی‌رغم تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی در سال و با وجود این که منبع اصلی این قانون، متن قانون نمونه آنسیترال راجع به داوری تجاری بین‌المللی بود، اما نواقص و بعضاً اشتباهاتی در قانون سال ۱۳۷۶ وجود دارد که رفع این نواقص نیز مناسب به نظر می‌رسد.

همچنین در کنار داوری، در کشورهای دارای تجارت پیشرفته، روش‌های برای حل اختلاف ابداع شده است که میزان تشریفات آنها حتی از داوری نیز کمتر است. بسیاری از سازمان‌های داوری در این کشورها مقرراتی راجع به داوری و روش‌های مختلف جایگزین حل اختلاف دارند. در کنار این مقررات که راجع به اصل داوری و سایر روش‌های جایگزین حل اختلاف و برای سازماندهی آن تدوین شده‌اند، مقرراتی نیز راجع به شرایط تصدی حل اختلاف و نحوه عملکرد و رفتار او و مسئولیت‌های وی تنظیم شده‌اند. همه این مقررات در کنار هم تشکیل مجموعه‌ای را می‌دهند که از سویی به امر حل

1 Multiparty
2 Multiple Arbitration

اختلاف در خارج از دادگاه سامان می‌دهند و از سوی دیگر، داعتماد بیشتر مردم به این روش‌ها فراهم می‌آید. در کشور ما نیز برای وصول به این هدف و کاستن از حجم تراکم کار دادگاه‌ها لازم است روش‌های مشابهی البته نه از نظر محتوی بلکه از لحاظ شکل کار در پیش گرفته شود.

فهرست منابع

۱. ای مارتین، الیزابت، فرهنگ حقوقی آکسفورد، تهران: نشر دیدار، ۱۳۸۴.
۲. بردبار، محمد حسین، صلاحیت در دیوان‌های داوری بین‌المللی، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۴.
۳. پاول اسمیت، وینسنت، کشمکش زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن لاء، ترجمه محمد حسین ساکت، مجله حقوق دفتر خدمات حقوق بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۳۳، پاییز - زمستان ۱۳۷۷.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول ۱۳۷۸.
۵. جنیدی، لعیا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۶. دارائی، محمدهادی، مقدمه‌ای بر داوری تجاری ملی و بین‌المللی، فصلنامه راهبرد، شماره ۴۱، پاییز ۱۳۸۵.
۷. دووریز، هنری، داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۱، ۱۳۸۶.
۸. علی اکبر دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، تهران، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۹. سروی مقدم، مصطفی، مقایسه جایگاه دادگاه و داوری در حل اختلاف تجاری بین‌المللی، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۳، بهار ۱۳۸۹.
۱۰. سیفی، سید جمال، اهمیت داوری سازمانی در دعاوی تجاری بین‌المللی، داوری‌نامه، ۱، انتشارات مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران، آبان ۱۳۸۳.
۱۱. صفایی، سید حسین، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
۱۲. کلایو ام. اشمیوف، حقوق تجارت بین‌الملل، ج ۲، ترجمه بهروز اخلاقی و سایرین، انتشارات سمت، چاپ اول پاییز ۱۳۸۷.
۱۳. گنیز، آرتورتی، داوری تجاری و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلیس، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، مجله حقوق دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۱۰، بهار تابستان ۱۴.
۱۴. محمدزاده، حیدر، اصل داوری در حقوق ایران، انتشارات ققنوس، چاپ اول ۱۳۷۹.
۱۵. مرتضوی، عبدالحمید، آیین رسیدگی داوری تجاری بین‌المللی ایران، انتشارات جاودانه، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۱۶. نصیری، مرتضی، شهبازی‌نیا، مرتضی، حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی ۱۳۸۶.
۱۷. نیکبخت، حمید رضا، ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مجله تحقیقات حقوقی، ش، پاییز - زمستان ۱۳۷۹.
۱۸. یوسفزاده، مرتضی، قرارداد داوری، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.