

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۱۴۸ - ۱۲۷

تحلیلی بر ماهیت اخلاقی و حقوقی قواعد آمره در داوری تجاری بین المللی

امین رستمی^۱

مسعود زمانی^۲

منوچهر توسلی نایینی^۳

چکیده

در کتب حقوق بین الملل در بحث داوری و در بخشی اجمالی و بصورت گذرا به ماهیت و چیستی قواعد آمره در داوری تجاری بین المللی پرداخته شده است و البته عمده کتب و مقالات در این خصوص در خارج از کشور تحریر و منتشر شده است. از آنجائیکه داوری، از مهمترین و رایج ترین روش‌های حل و فصل اختلافات در دعاوی تجاری بین المللی است، بانجام این تحقیق می تواند به شناخت ابعاد ماهوی آن کمک کرده و در نتیجه در پاسخ به ابهامات موجود موثر باشد. و در این پژوهش ماهیت قواعد آمره در داوری تجاری بین المللی از حیث اخلاقی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته، و محقق نتیجه می‌گیرد که قواعد آمره در داوری تجاری بین الملل هرچند دال بر مدول اخلاق می‌کند، لیکن بنا به اینکه اخلاق امری اعتباری و در نهایت انتزاعی است، نمی‌توان قواعد آمره در داوری تجاری بین المللی را از منظر اخلاقی به معنای قراردادی آن مورد بررسی قرار داد و به آن وجاهت بخشید زیرا نسبت میان اخلاق و منفعت در روابط بین الملل از جنس تعارض و تقابل است. و بایستی به این قواعد به عنوان ابزاری صرفاً حقوقی نگریست که از قواعد نظم عمومی که اخلاق با رویکرد حقوقی آن یکی از عناصر تشکیل دهنده آن است، منبعث شده است.

واژگان کلیدی

ماهیت اخلاقی، ماهیت حقوقی، قواعد آمره، داوری تجاری بین المللی.

۱. گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

Email: aminrostami1520@Gmail.com

۲. گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

Email: masoud.zamani@shirazu.ac.ir. (نویسنده مسئول).

۳. گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

Email: tavassoli@ase.ui.ac.ir

گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۸/۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۳

طرح مسأله

حقوق به عنوان یک نهاد اجتماعی؛ محصول نیاز انسان‌ها به تنظیم روابط ناشی از زندگانی جمعی است. برخی از نیازهای فرد، توسط خود او به تنهایی و نه در رابطه با جمعیت انسان‌ها قابل برآورده شدن است. اما بسیاری از نیازهای او چنین اثری ندارند و قابل دستیابی توسط فقط یک نفر نیستند. نیازهای همچون امنیت، آموزش، حمایت از حق مالکیت، بهداشت عمومی و... نیازهایی هستند که برآورده نمودن آنها مستلزم ارتباط و همکاری افراد انسان با یکدیگر است. بنابراین هر یک از افراد اجتماع از زندگی و کار در کنار سایر افراد به منافی دست می‌یابد و از این طریق نیازهای فوق را برآورده می‌نماید.

ارتباط میان قانون و اخلاق ارتباطی دو سویه است و این دو نهاد اجتماعی مکمل یکدیگرند به نحوی که از یک سو مقررات قانونی در بسیاری از موارد با اصول بنیادی اخلاق هم‌پوشانی داشته و از سوی دیگر اطاعت از قانون فی نفسه یک ارزش اخلاقی است. قانون برآیند خواسته‌ها و محدودیت‌های همه افراد اجتماع است که قرار است جامعه را به سوی سعادت رهنمون گردد. اطاعت از مقررات قانونی صرفاً به مفهوم اجتناب و در امان ماندن از مجازات نیست بلکه نشانگر طرز فکری است که متضمن احترام به قانون و خیره اجتماعی است. میان قاعده اخلاقی و قاعده حقوقی نه از حیث ماهیت و نه از جهت غایت، تفاوتی نیست؛ زیرا حقوق برای فعلیت دادن به عدالت است و عدالت نیز یک مفهوم اخلاقی است. البته این نظریه مخالفانی نیز دارد که معتقدند حقوق و اخلاق متعلق به دو حوزه کاملاً متمایز بوده و مستقل از یکدیگر هستند (ر.ک: صانعی و صادقی، ۱۳۹۵).

از سوی دیگر؛ بین مدافعان حقوق فطری که اعتقاد دارند، حقوق ساخته بشر، می‌بایست هماهنگ با اصول اساسی حقوق فطری باشد و اعتبار آن با اخلاق سنجیده شود و مدافعان پوزیتیویست حقوقی در اینکه ارزش‌های اخلاقی عنصر حقوق، اثباتی و عینی باشند تردید است. در این میان بحث‌ها و سوال‌های آنالیتیک (متافیزیکی) و هنجاری فراوانی وجود دارد از قبیل، میزان دخالت، میزان استقلال و انفکاک حقوق و اخلاق. منازعه و مباحثه میان مدافعان حقوق فطری و مدافعان پوزیتیویست حقوقی گاهی تا بدان جا بسط می‌یابد که ادعا می‌شود، حقوق به تنهایی مکانیزم مطلوبی است زیرا با اعمال و تکیه بر فرمالیسم قانونی می‌تواند نتایج اخلاقی را به زور تحصیل نماید (صانعی و صادقی، ۱۳۹۵: ۱۱۲). در حالی که حقوق مجموعه قواعدی است که توسط انسان‌ها با تمام جنبه‌های انسانی او وضع و اجرا می‌شود. شاید در مرحله وضع بتوان این فرمالیسم قانونی را پذیرفت؛ لیکن در مرحله اجرا مطمئن نمی‌توان به رعایت تمام و کمال آن امیدوار بود. چرا که این قوانین باید توسط افرادی به مورد اجرا گذاشته شود که در رعایت اخلاق شدت و ضعف داشته و همچنین دارای تفاسیر مختلف از اخلاق هستند. زیرا اخلاق یک امر

اعتباری یا در نهایت انتزاعی است نه یک امر حقیقی. «مفاهیم اخلاقی مربوط به حوزه مفاهیم منطقی نیست و منطق دانان در این رأی که مفاهیم اخلاقی همانند مفاهیم فیزیکی متعارف نیست، راهی به صواب رفته اند. . .» (Resnik, 1998: 29).

در این تحقیق به بررسی ماهیت حقوقی و اخلاقی قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی خواهیم پرداخت و به دنبال آن هستیم تا جایگاه هر کدام از آن‌ها را در داوری تجاری بین‌المللی تبیین کنیم.

۱- رابطه اخلاق و شکل‌گیری قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی

درباره ماهیت حقوق بین‌الملل بحث‌های زیادی صورت گرفته و نویسندگانی مانند هابسن و سپس در ادامه راه آستین نویسنده انگلیسی در قرن نوزدهم و در عصر ما آرون یا بوردو در فرانسه معتقدند که حقوق بین‌الملل هیچ موجودیت حقوقی نداشته و صرفاً از اخلاق ناشی می‌شود. زیرا با تعریفی که از حقوق ارائه می‌شود، که آن را فرامینی می‌دانند که از سوی مقام حاکمه مافوق صادر می‌شود و دارای ضمانت اجرا می‌باشد از این جهت حقوق بین‌الملل را فاقد جنبه حقوقی دانسته و آن را قواعد اخلاقی و عقاید و احساسات رایج بین دولت‌ها توصیف می‌کنند.

در این دوره دولت‌ها حقوق بین‌الملل را الزام‌آور تلقی می‌کنند و در مکاتبات خود به معاهدات و آرای دادگاه‌ها و آثار نویسندگان استناد می‌ورزند. علیرغم درستی یا نادرستی امر از نظر اخلاقی دولت‌ها سعی دارند که سیاست‌هایشان مطابق حقوق بین‌الملل باشد و آداب و قواعد حقوق بین‌الملل را منکر نمی‌شوند، بلکه سعی در توجیه رفتار خود با استناد به برخی قواعد حقوق بین‌الملل دارند.

به نظر جان آستین قانون حکم یک حاکم است که با تهدید یا توسل به زور به اجرا در می‌آید اما حقوق بین‌الملل حداکثر یک سلسله اخلاقیات مثبت بین‌المللی است. پیروی از هر گونه قاعده بین‌المللی صرفاً داوطلبانه است و این قواعد نسبت به قوانین داخلی در درجه دوم قرار دارند. در مکتب آستین حقوق بین‌الملل حقوق واقعی نیست چرا که قدرتی برتر از قدرت کشور وجود ندارد که بتواند قواعد حقوقی بین‌المللی را اجرا و نقض آن را مجازات کند. حقوق بین‌الملل تنها زمانی حقوق واقعی خواهد بود که مقامی برتر از کشور به وجود آمده و این قدرت را داشته باشد که اطاعت از حقوق بین‌الملل را به اجرا بگذارد با وجود چنین استدلال‌هایی توسط مکتب آستین، قانون اساسی بسیاری از کشورها شامل مقررات صریحی است که موید حقوق بین‌الملل و پیروی از آن می‌باشد و رویه بین‌المللی نیز ماهیت حقوقی این نظام حقوقی را به اتفاق پذیرفته است (ثابت مقدم، ۱۳۸۱: ۶۴).

برخی از اصول بین‌المللی ارتباط مستقیم با اخلاق دارند. به طور مثال وقتی از اصل حسن نیت در منابع حقوق بین‌الملل سخن می‌گوییم، این سوال پیش می‌آید که این اصل آیا دارای

اعتبار حقوقی است؟ در حالی که هیچ نوع ابزار حقوقی برای سنجش آن بر اساس موازین حقوقی وجود ندارد. بنابراین چاره‌ای نیست مگر اینکه ماهیت آن را اعتباری و اخلاقی بدانیم.

بخشی از اصول بنیادین و کلی حقوق بین‌الملل دچار دگرگونی‌هایی در مفهوم و اعتبار شده‌اند. اعتبار حقوقی اصول بنیادینی چون حس نیت، لزوم وفای به عهد، انصاف و... در بعضی از مذاکرات، توافقات و معاهدات بین‌المللی روند تضعیف به خود گرفته است، این درحالی است که امروزه به علت جایگاه اخلاق و افزایش ارتباط آن با حقوق، و همچنین نیاز کشورها به اطمینان خاطر از انجام توافقاتشان با تکیه بر این اصول، انتظار می‌رود که ارزش و اعتبار اصل حسن نیت افزایش یابد و در واقع برای آن هم جایگاهی چون دیگر منابع حقوق بین‌الملل در نظر بگیریم. اصل حسن نیت را می‌توان به عنوان اصلی حاکم بر کل نظم حقوقی نام برد که در حوزه‌های حقوق بین‌الملل از جمله مذاکرات و معاهدات، نقش مهم و برجسته‌ای ایفا می‌کند. در عهدنامه وین در زمینه حقوق معاهدات ۱۹۶۹ حسن نیت یکی از قواعد اساسی در اجرای معاهدات بین‌المللی است به طوری که هیچ طرف متعاقد نباید کاری کند که موضوع و هدف معاهده را از بین ببرد، هم چنین حسن نیت در شمار اصول و قواعد مسلم تفسیر معاهدات بین‌المللی است که رعایت آن الزامی است. اما در جامعه‌ی بین‌المللی امروز در روابط میان کشورهای متعاقد از سوی طرفین مذاکرات و توافقات، عدم رعایت این اصل مهم مشاهده می‌شود. «حتی بر اساس رویه قضایی به ویژه رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، قواعدی چون لزوم وفای به عهد، استاپل، سکوت، سوء استفاده از حقوق، بر بنیان حسن نیت قرار دارند و نقش تاثیرگذار و تعیین کننده این اصل در دستیابی به موفقیت و نتایج مثبت در مذاکرات بین‌المللی نیز قابل توجه است.» (لنکرانی، ۱۳۹۵: ۱).

مشکل اینجاست که برای سنجش میزان رعایت اخلاقیات در حقوق بین‌الملل و تباین آن با این اصول شاخص و معیاری وجود ندارد. بلکه این افراد حقوقی - حقیقی و دولت‌ها هستند که رعایت اخلاق یا عدم رعایت آن را با توجه به موضع خود تفسیر می‌کنند.

۱-۱- معیارهای اخلاقی در داوری تجاری بین‌الملل

تعهدات اخلاقی داوران را باید در منابع مختلفی جستجو و بررسی نمود. این منابع شامل: موافقتنامه داوری؛ منشورها و توصیه‌نامه‌های اخلاقی؛ قواعد سازمان اداره کننده داوری؛ قوانین موضوع حاکم بر داوری، هستند. در تعیین تعهدات اخلاقی داوران باید منابع مختلف را ترکیب نمود و از خلال این منابع مجموعه‌ای از تعهدات اخلاقی را استخراج کرد. و نیز باید توجه داشت که «تعهدات داوران در مراحل مختلف از فرآیند داوری به نسبت اشخاص و سازمان‌های مختلفی که از این منابع استفاده می‌کنند، دارای کارکردهای متفاوتی است و نتیجه این می‌شود که یک تعهد ساده فرضی مانند بی‌طرفی، ممکن است نسبت به موقعیتی که در آن اعمال می‌شود تغییر

نموده و دارای مصادیق متفاوتی گردد.» (Rogers, 2005).

در سال‌های اخیر تجویز منشور اخلاقی که حاوی تعیین و اعلام تعهدات اخلاقی حاکم بر مشاغل مختلف باشد تبدیل به گرایشی در سطح جهان شده است. برای مثال بسیاری از کانون‌های وکلا منشورهای اخلاقی نوشته‌اند که اعضای آن‌ها را هدایت و کنترل می‌کند. هم‌اکنون تعهدات اخلاقی داوران به صورت فزاینده‌ای موضوع قواعد و منشورهای پر جزئیات اخلاقی قرار گرفته است. به نظر می‌رسد هم‌اکنون اولین و سریع‌ترین منبع تعهدات اخلاقی برای داوران بین‌المللی منشورهای اخلاقی است که توسط سازمان‌های داوری تدوین و به پیوست قواعد داوری سازمان مذکور گشته. این منشورهای اخلاقی توسط مقررات و قواعد داوری مقررات مربوط به تجدید نظر در آرای داوری و همچنین قوانین ملی قابل اعمال تکمیل و تفسیر می‌شود. (خیابوی، ۱۳۸۷: ۱-۲).

اما همانطور که قبلاً گفته شد این قواعد اخلاقی حتی اگر به عنوان قواعد الزام آور در سازمان‌های داوری به شمار آیند، امری اعتباری و انتزاعی هستند که می‌توان آن‌ها را مطالبه کرد اما فقط تا حدودی می‌توان رعایت آن را مورد سنجش قرار داد. زیرا آنچه‌ان که گفته‌اند: «نسبت میان اخلاق و منفعت در روابط و قواعد بین‌المللی از جنس تعارض و تقابل است.» (خانی، ۱۳۸۹: ۵).

موضوع اینجا صرفاً ضمانت اجرایی نقض تعهدات اخلاقی توسط داوران نیست که البته در شکل‌گیری فرآیند داوری هم می‌توان به نوعی اخلاق را زیر سؤال دانست، چرا که «هر طرف اختلاف می‌کوشد شخصی را به عنوان داور خود نصب کند که زمینه‌های حقوقی یا فرهنگی مشترکی با او داشته یا دارای چنان موضع‌گیری‌های علمی در موضوع اختلاف است که نزدیکی با منافع طرف ناصب دارد. به نظر می‌رسد این مسئله بدیهی و غیر قابل انکار است.» (Bishop & Reed, 1998: 395).

اگر چه معیار استقلال و بی‌طرفی و ضرورت افشای شرایطی که موجب تردید در این دو تعهد داوران می‌گردد، در بسیاری از مقررات راجع به داوری و توصیه‌نامه‌ها تصریح شده است. اما در هیچ‌کدام از مقررات منشورها و توصیه‌نامه‌ها تعریفی از استقلال و بی‌طرفی به عمل نیامده و مشخص نشده است که «داور بیطرف و مستقل» به چه کسی اطلاق می‌شود. مطمئناً این ابهام مشکلاتی را در باب اعمال ضمانت اجراهای موجود ایجاد خواهد کرد.

از سوی دیگر نگرانی داوران از اقدامات تلافی‌جویانه کسانی که از جریان داوری یا از رای صادر ناخرسند بوده و در پی این هستند که با استناد به نقض تعهدات اخلاقی داور را جرح نمایند موجب بسته شدن دست و پای داوران در اجرای آسوده خاطر عدالت می‌گردد و تصمیم‌گیری‌های داور را با محدودیت مواجه می‌کند میشل هوانگ از این اشخاص تحت عنوان

«چریک‌های داوری»^۱ یاد می‌کند. این اشخاص که معمولاً خوانندگان داوری هستند به انحراف مختلف تلاش می‌کنند تا رسیدگی به اختلاف را از جریان طبیعی خود خارج کنند. یکی از روش‌های آنان جرح داوران به استناد به دلایل مختلف از جمله نقض تعهدات اخلاقی است. این گونه اقدامات با هدف به بن بست رساندن داور انجام می‌شود (Hwang, 2007).

۱-۲- قواعد آمره و نظم عمومی

قواعد آمره شامل هر قانون یا قاعده‌ای است که اراده و تراضی طرفین یک عقد یا قرارداد یا تعهد برخلاف و مغایر با آن نافذ نمی‌باشد.

عناصر تشکیل دهنده یک قاعده آمره عبارتند از: نظم عمومی، عفت عمومی و اخلاق حسنه، سیاست عمومی دولت (نوبین، ۱۳۸۶: ۲۰). در مقابل قواعد آمره، قواعد تکمیلی یا تفسیری یا تعویضی وجود دارند که اراده افراد را تکمیل یا تفسیر می‌کند و یا جایگزین آنها می‌شود مانند قواعد عقد بیع و یا اجاره اماکن مسکونی.

اصل بر غیر آمره بودن قواعد و مقررات است، زیرا اساس قراردادهای و تعهدات در حقوق ایران مبتنی بر حاکمیت اراده یا آزادی اراده است (ماده ۱۰ قانون مدنی).

نظم عمومی از یک جهت فعل است زیرا «نظم عمومی جریان و روندی است مستمر و مداوم که دربرگیرنده نیازهای اساسی و عمومی جامعه می‌باشد».

و از جهتی دیگر باید گفت که اختلال در نظم عمومی یک ترک فعل است زیرا: «در هر جا و به هر شکلی که تأمین این نیازهای اساسی قطع گردد، نظم عمومی جامعه مختل شده است». حق دادخواهی مردم و حق مراجعه به مقامات قضایی یک قاعده نظم عمومی است و یک فعل است و به هر شکلی که ممانعتی در اجرای این حق صورت گیرد، نظم عمومی نقض و یک ترک فعل صورت گرفته است. تفریط یا ترک فعل در اصطلاح یا عبارت «نظم عمومی» کاربردی وسیع دارد، بدین معنا که در هر جا یک نیاز اساسی جامعه نقض یا انکار شود، اعم از اینکه رعایت این نیاز براساس قرارداد باشد یا عرف، و اعم از اینکه این نیاز برای حفظ مال باشد یا امور غیر مالی، نظم عمومی مختل می‌شود.

۲- ماهیت اخلاقی و حقوقی قواعد آمره در داوری تجاری بین المللی

قانون داوری تجاری بین المللی براساس قانون نمونه آنسیترال تهیه شده است. نوآوری‌های این قانون که هماهنگ یا گرایش‌های جدید در داوری بازرگانی بین المللی و قابل مقایسه با مقررات جدید داوری در کشورهای دیگر و در سطح جهانی است، قابل ستایش است، هرچند که اشکالات و نارسائی‌هایی هم در آن دیده می‌شود که بیشتر نتیجه عدول از قانون نمونه آنسیترال

است (جنیدی، ۱۳۷۸: ۲۳-۱۸).

قانون دواوری تجاری بین المللی ایران، دواوری بین المللی را چنین تعریف می نماید: «دواوری بین المللی عبارت است از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقنامه دواوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد». صرف نظر از انتقادات وارد بر این تعریف (جنیدی، ۱۳۷۸: ۴۰-۳۶)، باید توجه داشته باشیم که این قانون صرفاً حاکم بر دواوری هایی است که حداقل یکی از طرفین تبعه ایران نباشد، لذا سایر موارد از جمله موردی که دو نفر ایرانی قراردادی بین المللی منعقد نمایند، از شمول این قانون خارج است که قابل انتقاد به نظر می رسد. ماده ۲۷ قانون دواوری تجاری بین المللی ناظر به تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی است، که از ماده ۲۸ قانون نمونه آنستیرال اخذ شده است در بند (۱) آزادی اراده برای تعیین قانون حاکم مورد تأکید قرار گرفته است و قانون گذار ایران نیز همانند قانون نمونه آنستیرال با به کار بردن عبارت «قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند» امکان انتخاب قواعد فراملی به عنوان قانون حاکم بر ماهیت دعوی را فراهم ساخته است (جنیدی، ۱۳۷۸: ۸۹). همین نظر در مرکز دواوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران و در رأی شماره ۱۵/۸۷/۳۶۲۰۶/۳۶۲۰۶ مورد تأکید قرار گرفته است. در این رأی، داور پرونده اظهار می دارد: «...طرفین نخواستند قرارداد و اختلافات ناشی از آن تابع نظام حقوقی کشور خاصی قرار گیرد. بنابراین از نظر داور، مجموعه قواعد قابل اعمال بر ماهیت دعوی، قواعد کلی حقوق تجارت بین المللی است» بند ب ماده ۱ قانون دواوری تجاری ایران مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶. (کاکوند، ۱۳۸۹: ۱۵۱-۱۵۰)

در عین حال با عنایت به بند (۲) ماده مزبور بایستی پذیرفت که در صورت عدم انتخاب قواعد حقوقی حاکم توسط طرفین، با اعمال قواعد حل تعارض، به ناچار یک قانون ملی بر دعوی حکومت خواهد نمود و راه برای انتخاب قواعد فراملی بسته است. در قانون نمونه آنستیرال نیز همین رویه اتخاذ شده است. البته در قانون دواوری تجاری ایران بر خلاف بند ۲ ماده ۲۸ قانون نمونه آنستیرال که انتخاب قاعده حل تعارض مناسب را برعهده داوران قرار داده، با سکوت قانون گذار، این موضوع به اذهان متبادر می شود که مقصود از قواعد حل تعارض، قواعد حل تعارض ایران، آن هم به نحو اجباری است (جنیدی، ۱۳۷۸: ۹۱).

این نخستین چالش اخلاقی این قانون که از ابتدا ممکن است به زیان یکی از طرفین دعوا باشد، است. بدیهی است هیچ قراردادی در خلاء شکل نمی گیرد. یعنی بدون اینکه مبتنی بر یک نظام حقوقی باشد، موجود نمی شود. اینکه آیا حق انتخاب قانون محدود به یک نظام حقوقی موجود است یا نه خود سؤال دیگری است. انعقاد قرارداد به اختیار بی قید و شرط طرفین واگذار نمی شود. قرارداد ضرورتاً به یک سیستم حقوق موضوعه مربوط می شود که به ابراز اراده های متقابل و موافق طرفین، اثر حقوقی می بخشد. قانون دواوری تجاری ایران بایستی در اینجا به

صورت صریح در رابطه با استفاده داور از قواعد حل تعارض در یک قرارداد، براساس سیستم حقوقی که قرارداد براساس آن منعقد می‌شود اظهار نظر کند.

۲-۱- ملاحظات اخلاقی در اجرای آرای داوری خارجی مبتنی بر قواعد فراملی

اجرای احکام داوری بین‌المللی از جمله مسائل و موضوعات مهم حقوق داوری بین‌المللی است که همواره مورد بحث و گفتگو بود به قول عده‌ای از صاحب نظران مشکل اساسی در اجرای احکام داوری بین‌المللی ناشی از این واقعیت مفروض است که داوری تجاری بین‌المللی فی‌نفسه متعلق یا وابسته به نظام حقوقی هیچ‌کسوری نیست بلکه احکام و قواعد ویژه خود را دارد. منتها چون جریان داوری خواه ناخواه در قلمرو سرزمینی یک کشور خاص برگزار و انجام می‌شود بنابراین فراوان پیش می‌آید که آن کشور قوانین و مقررات خود را حاکم بر آن داوری می‌داند که اصطلاحاً قانون مقر یا محل داوری نامیده می‌شود. حداکثر حالت مطلوب آن است که مقررات و قوانین ناظر به داوری در این کشور مفروض، نسبت به داوریه‌های بین‌المللی و اجرای احکام چنین دادرسی‌هایی تسهیلات بیشتری قائل شده باشد.

انتظار اینکه اجرای احکام داوری در همه کشورها با انواع نظام‌های حقوقی مختلفی که دارند، یکسان شود و قواعد و قوانین یکنواختی بر تمامی جریان اجرای حکم داوری حاکم و شامل گردد، انتظاری دور و دست نیافتنی و از بعضی از یک نمونه مشترک و مشابه از مشکلات چنین درخواستی بدین معنی است که مثلاً همه کشورها بپذیرند که مفهومی یکسان از نظم عمومی و اخلاق حسنه را اعمال کنند و ضوابطی که برای بررسی عدم مابینت حکم داوری با نظم عمومی خود در نظر می‌گیرند، مشابه و یکی باشد حال آنکه بخوبی می‌دانیم از جمله عوامل سازنده نظم عمومی و اخلاق حسنه فرهنگ است که در هر جامعه و کشوری ساخت و ویژگی‌های خود را دارد. در عین حال می‌توان این مقدار انتظار معقول را داشت که برای تسهیل مراودات بین‌المللی و نیز تشویق و توسعه داوری تجاری بین‌المللی لازم است تا جایی که امکان دارد تشریفات ضوابط قواعد، و موازین اجرای احکام داوری بین‌المللی یکسان و یکنواخت شود و کشورهای مختلف بپذیرند که هنگام مواجه شدن با درخواست اجرای حکم داوری شیوه‌ای متحد الشکل اتخاذ نمایند کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری نیویورک ۱۹۵۸ تا حدودی در پاسخ به این ضرورت و برای به سر آوردن چنین انتظاری تدوین و تصویب شد و هدف آن ایجاد هماهنگی و یکنواختی در اجرای احکام داوری تجاری بین‌المللی است.

قبل از تصویب کنوانسیون مذکور سند بین‌المللی دیگری در مورد اجرای احکام داوری وجود داشته که به کنوانسیون ژنو ۱۹۲۷ در مورد اجرای احکام داوری خارجی معروف است. هدف از این کنوانسیون که با نظارت جامعه ملل تدوین شده بود عمدتاً تسهیل اجرای احکام داوری موضوع پروتکل ۱۹۲۳ ژنو در مورد داوری بوده که خود از جمله اولین اسناد مربوط به

داوریه‌های بین‌المللی است. به دنبال نارسایی‌هایی که در کنوانسیون ۱۹۲۷ وجود داشت و نیز به لحاظ تحول روز افزونی که داوری بین‌المللی یافته است، سرانجام در تاریخ ۲۰ مه تا ژوئن ۱۹۵۸ کنفرانسی در مقر سازمان ملل متحد برگزار شد که هدف و موضوع آن عبارت بود از تهیه و تنظیم کنوانسیون راجع به شناسائی و اجرای احکام داوری خارجی که بعداً با همین نام و در ۱۰ ژوئن همان سال به تصویب رسید و برای امضا مفتوح گردید و در ۷ ژوئن سال بعد ۱۹۵۹ حد نصاب لازم برای لازم الاجرا شدن آن سند تصویب یا الحاق حاصل آمد و کنوانسیون موثر و قابل اجرا گردیده و تا به حال دهها کشور به آن ملحق شده اند.

تا امروز، کنوانسیون اجرای احکام داوری (۱۹۵۸ - نیویورک) مهمترین سند بین‌المللی در داوری تجاری بین‌المللی است که به مسئله اجرای احکام داوری پرداخته است.

مطابق قواعد عام داوری و سایر قوانین خاص و مرتبط اعم از داخلی و بین‌المللی آرای داوری قطعی و نهایی و لازم الاجراست به موجب ماده ۴۸۸ قانونی قانون آیین دادرسی مدنی و نیز ماده ۳۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی در خصوص آرای داوران و نیز حسب مقرر در ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک و سایر قوانین و مقررات آرای داوری لازم الاتباع است. همچنین رای داوری بلافاصله پس از صدور حکم قطعی و لازم الاجراست مگر اینکه مقررات حاکم بر داوری رعایت نگردیده و یا اجرای رای داوری بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد (رسول زاده فرساد، علمی، ۱۳۹۸: ۱۵۰).

نظم عمومی در داوری داخلی را می‌توان، قواعد آمره و سایر منابع غیرمدون نظم عمومی مانند اخلاق حسنه و عرف و عادت دانست که در خصوص داوری داخلی (در تمام مراحل اعم از تشکیل قرارداد داوری یا شرط داوری، ارجاع اختلاف، رسیدگی توسط داوران، ابلاغ رای و ...) و در خصوص نظارت یا مساعدت آرای داوری توسط قضات دادگاه در مواجهه با آراء داوری ملحوظ واقع می‌شوند و هر توافقی یا رای خلاف آن‌ها باطل است.

۲-۲- حاکمیت اراده طرفین و نسبت آن با اخلاق

در مورد قانون حاکم بر ماهیت دعوا، اصل حاکمیت اراده حرف اول را می‌زند. طرفین آزادند هر نظام حقوقی را که مناسب بدانند، برای حل و فصل اختلافات انتخاب کنند. به هر حال، در صورتی که طرفین بخواهند متعرض قانون حاکم بر ماهیت دعوا شوند، باید بر یک نظام حقوقی موجود جهت حکومت بر قرارداد توافق کنند. پرسش این است که آیا این نظام حقوقی باید لزوماً یک سیستم حقوق ملی باشد یا می‌توان یک سیستم حقوقی فراملی باشد؟ گرایش‌های جدید حاکم بر داوری در این حوزه نیز به سوی غیرمحللی کردن داوری از لحاظ ماهوی پیش می‌رود و اختیار طرفین در گزینش یک سیستم حقوقی فراملی جهت حکومت بر ماهیت دعوا را می‌پذیرد. (علیزاده، ۱۳۹۱: ۱۰۴).

نظم عمومی داخلی مجموعه قواعد آمره و سایر مبانی غیر مصرح در قوانین است، که اشخاص نمی‌توانند با قراردادهای خصوصی از آنها عدول کنند در حالی که نظم عمومی بین المللی خود یکی از اقسام نظم عمومی ملی است که کارکرد و قلمرو متفاوت از نظم عمومی داخلی دارد و برخلاف نظم عمومی داخلی که مانع از تراضی طرفین در قراردادهای و توافقات خصوصی است بدون اینکه صحبت از اعمال حقوق خارجی باشد، از اعمال قواعد اصولاً صلاحیت دار خارجی جلوگیری می‌کند (شهبازی نیا، بازگیر، ۱۳۹۴: ۹۳).

بنابراین دایره و کارکرد اخلاق در داوری داخلی (اخلاق به معنی اتم آن از منظر نظم عمومی) قواعد آمره و سایر مبانی غیر مصرحی است که مانع از قراردادهای داوری و یا آرای داوری خلاف نظم عمومی می‌گردد.

گاه در برخی از اسناد و رویه‌های بین‌المللی این امر مورد پذیرش قرار گرفته است که طرفین بتوانند جنبه‌های مختلف قرارداد را تحت حاکمیت قوانین مختلف قرار دهند که به آن قاعده «دپساز»^۱ گفته می‌شود. واژه دپساز به معنای قطعه قطعه کردن قرارداد است. از محاسن این روش آن است که به طرفین اجازه می‌دهد تا حداکثر استفاده را از اصل حاکمیت اراده بکنند و از بین قوانین مختلف، قانونی را که برای هر بخش از قرارداد مناسب‌تر است انتخاب کنند. همچنین، با این شیوه طرفین قابل پیش‌بینی بودن قواعد را که ناشی از انتخاب یک سیستم ملی است، حفظ می‌کنند ولی در عین حال، می‌توانند جنبه‌هایی از یک نظام حقوقی را که مناسب قرارداد نیست، به واسطه توافق حذف کنند و بنابراین، به مطلوب‌ترین نتیجه دست یابند. اما این شیوه معایبی هم دارد. برای اعمال این روش، طرفین قرارداد نیاز به مشاوران برجسته‌یی دارند که مسلط به حقوق تطبیقی باشند. همچنین، این شیوه می‌تواند وقت‌گیر و پرهزینه باشد. ضمن آن که داور برای این که بتواند اختلافات را حل و فصل کند ابتدا تشخیص دهد که موضوع اختلاف، جزء کدام نوع از قراردادها است، تا قانون ماهوی حاکم بر آن را معلوم کند. ولی در هر حال، اگر مشاوران حقوقی قوی وجود داشته باشند و طرفین وقت زیادی برای مطالعه و انعقاد قرارداد داشته باشند، این شیوه می‌تواند به ویژه در قراردادهای مهم، مطلوب باشد. (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۹۳).

۲-۳- اخلاق و قانون حاکم بر ماهیت اختلاف

قانون حاکم بر ماهیت اختلاف قانونی است که به استناد آن داوران در خصوص اختلاف اظهار نظر می‌کنند. در تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داوری، این سؤال مطرح می‌شود که آیا داوران نیز مانند قضات باید به قانون مقرر مراجعه و به استناد به آن مشخص کنند که

قانون حاکم بر ماهیت دعوی کدام است؟ تقریباً این امر در کلیه نظام‌های حقوقی ملی و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده است که تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داوری تابع کدام مقررات قواعد حل تعارض نیست و این امر تابع مقررات جداگانه ای است (شیروی، ۱۳۹۳: ۲۱۹). برای توضیح بیشتر این قواعد خاص، به صورتی بحث می‌شود که طرفین اختلاف نسبت به قانون حاکم بر ماهیت اختلاف توافق می‌کنند. سپس مواردی بررسی می‌شود که طرفین قانون حاکم را تعیین نکرده و داوران ناگزیر از تعیین آن خواهند بود.

قبل از هر سخن دیگر در حوزه تعامل اخلاق و قواعد آمه، بایستی چنین گفت که می‌توان ماده ۹۷۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود بموقع اجراء گذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد»، را به داوری نیز تسری داد چرا که توافق و رای داوری اساساً ریشه قراردادی دارند.

الف- اخلاق در قانون حاکم بر ماهیت دعوی در قانون ایران و قانون نمونه‌ی انسیترال

بند (۱) ماده‌ی ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر داشته است: «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون حاکم یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر این‌که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.» این بند به وضوح اصل حاکمیت اراده در زمینه‌ی انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوی را پذیرفته است. برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که این ماده امری است و لذا جز در موردی که هر دو طرف خارجی باشند نمی‌توان به قانون دیگری جز قانون محل وقوع عقد تمسک جست. اما برخی دیگر بر این اعتقادند که این ماده اختیاری است (شیروی، ۱۳۹۳: ۲۱۵). بند (۱) ماده ۲۸ قانون نمونه انسیترال مقرر داشته: «دیوان داوری برحسب قواعد حقوقی که طرفین به عنوان قواعد قابل اعمال در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، در خصوص اختلاف (دعوی) اتخاذ تصمیم خواهد کرد. هرگونه تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به عنوان ارجاع مستقیم به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد و نه قواعد حل تعارض آن، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.» بند (۱) ماده ۱۸۷ قانون فدرال سوئیس نیز انتخاب قانون را به عهده طرفین واگذار نموده است.

در بند (۲) ماده‌ی ۲۷ قانون داوری بین‌المللی ایران آمده است: «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.» قانون داوری تجاری ایران این امر را نپذیرفته

است که داور، قانون ماهوی حاکم برداوری را به طور مستقیم خود تعیین کند. روشن است که این مقرر امکان غیرمحملی کردن حقوق حاکم بر ماهیت دعوا را از سوی داوران از بین برده است، زیرا در سکوت طرفین به داوران امکان انتخاب مستقیم حقوق ماهوی را نداده است، بلکه آنان را مکلف به مراجعه به قواعد حل تعارض جهت تعیین حقوق ماهوی حاکم نموده است.

اما پرسشی که در این جا مطرح می‌شود آن است که منظور قانون داوران ایران از قواعد حل تعارض، کدام قواعد است؟ آیا قواعد حل تعارض حقوق ایران مدنظر است؟ به نظر برخی از نویسندگان، از ظاهر بند دو ماده‌ی ۲۷ قانون داوران، بر می‌آید که مراد از قواعد حل تعارض، قواعد حل تعارض ایران، آن هم به طور اجباری است در حالی که قانون نمونه‌ی آنسیترال که مبنای قانون‌گذار ایرانی بوده است، قواعد حل تعارضی را منظور نظر داشته است که دیوان داوران خود قابل اعمال تشخیص دهد (نیکبخت، ۱۳۸۸: ۱۸۰). بند (۲) ماده ۲۸ قانون نمونه‌ی آنسیترال بیان نموده: «در صورت عدم تعیین (قانون ماهوی) از جانب طرفین، دیوان داوران قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده، تعیین می‌شود».

در بند (۳) ماده‌ی ۲۷ قانون داوران تجاری بین‌المللی ایران بیان شده است که «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانمشانه تصمیم بگیرد.» این اجازه، با عبارت‌های مشابه در اسناد بین‌المللی دیگر مانند قانون نمونه‌ی آنسیترال و قواعد داوران آن نیز آمده است. بند (۳) ماده ۲۸ قانون نمونه‌ی آنسیترال مانند ایران بر این امر تأکید داشته و مقرر می‌دارد: «دیوان داوران صرفاً در صورتی بر اساس عدل و انصاف^۱ یا به عنوان میانجیگری دوستانه^۲ اتخاذ تصمیم می‌کند که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌یی به او داده باشند. بند (۳) ماده ۱۸۷ قانون فدرال سوئیس نیز بر میانجیگری بر اساس عدل و انصاف و حل و فصل اختلاف به صورت کدخدانمشی تأکید کرده است.

مهم‌ترین قواعد اخلاقی شکلی در رابطه با داوران، اصول دادرسی عادلانه و منصفانه، از جمله رفتار برابر با طرفین و تشکیل منصفانه دیوان داوران و رعایت انصاف و عدالت در رسیدگی به دلایل و لزوم رعایت بی‌طرفی داوران هستند. لذا انجام داوران در شرایطی که الزامات بنیادین عدالت تشریفاتی رعایت نشده باشد می‌تواند مغایر با نظم عمومی به شمار رود.

بند (۴) ماده‌ی ۲۷ قانون داوران نیز مانند قانون نمونه‌ی آنسیترال، قواعد داوران آنسیترال و مقررات اتاق بازرگانی و بسیاری از اسناد بین‌المللی داوران، داور را مکلف به رعایت شرایط قرارداد و عرف بازرگانی بین‌المللی در تصمیم‌گیری خود کرده است. بند (۴) ماده‌ی ۲۸ قانون نمونه آنسیترال بیان نموده: «داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند، و عرف

1 . ex acqve et bono

2 . amiable compositure

بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد».

در این جا ضرورت دارد که در رابطه با ماهیت اختلاف و تعیین قانون حاکم از طریق قواعد حل تعارض دیدگاه ها و نمونه های مختلفی که در برخی از قوانین وجود دارد نیز اشاره کنیم: در قواعد حل تعارض «هر قراردادی که دولت ها به حیث اینکه تابع حقوق بین الملل هستند، آن را منعقد نکرده باشند ناگزیر در تابعیت قانون کشور معینی خواهد بود. تشخیص این قانون موضوع رشته خاصی از علم حقوق است که حقوق بین الملل خصوصی یا دکترین تعارض قوانین نامیده می شود.»

بسیاری از حقوقدانان، قراردادهای توسعه اقتصادی را در زمره قراردادهای خصوصی دانسته و حقوق داخلی را حاکم بر آن می دانند. این استدلال با ماهیت این قراردادها نیز سازگاری دارد. هر چند یک طرف قرارداد دولت یا سازمانهای دولتی است، ولی صرف حضور طرف دولتی در عرصه اقتصادی موجب بین المللی شدن قرارداد نمی شود. رأی دیوان دائمی بین المللی دادگستری در قضیه وام صربستان مؤید این مطلب است. دیوان مزبور در رای سال ۱۹۲۹ چنین استدلال کرد^۱:

خلاصه اصلی که دیوان بیان می دارد این است که اگر دولت ها در شأن غیر دولتی و به عنوان تابع حقوق داخلی قراردادی با تبعه بیگانه منعقد نمایند، قرارداد موصوف از تابعیت حقوق بین الملل خارج است و تابع حقوق داخلی است. اما در مورد اینکه از میان قوانین داخلی کشورهای مختلف قانون کدام کشور بایستی برگزیده شود، حل مسأله از طریق رجوع به قواعد حل تعارض قوانین یا همان حقوق بین الملل خصوصی صورت می گیرد. قاضی لرد اسکویت در قضیه ی ابوظبی (۱۹۵۲) به قواعد حل تعارض قوانین اشاره می کند و می نویسد:

قراردادی است که در سرزمین ابوظبی انعقاد یافته و هم در آنجا باید به موقع اجرا گذارده شود و ظاهراً باید قانون ابوظبی بر آن حکومت کند.

از قواعد حل تعارض قوانین این است که قراردادهای خصوصی در صورتی که طرفین بر حاکمیت قانون خاصی توافق نکرده باشند، تابع قانون محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای آن است. البته قاضی لرد اسکویت در نتیجه گیری نهایتاً به قانون ابوظبی استناد نکرد. زیرا معتقد بود که قانون ابوظبی در مورد قراردادهای نفتی فاقد قواعد قابل قبولی است. ایشان در این مورد در رای مذکور می نویسد:

لیکن چنین قانونی در ابوظبی وجود خارجی ندارد. خیالبافی خواهد بود که گفته شود در این

1. The serbian loans, Permanent Court of Intertional Justice (1929), series A.No.20.

منطقه بسیار بدوی اصول حقوقی مسلمی وجود دارد که در مورد اسناد بازرگانی امروزی قابل اعمال باشد (موحد، ۱۳۸۹: ۲۳۹).

در دعوی قطر (۱۹۵۳) نیز داور از همان طرز فکر لرد اسکویت تبعیت نمود و به عذر آنکه قانون اسلام به صورتی که در قطر اجرا می شود فاقد اصول و موازینی است که بتواند بر قرارداد امتیاز نفت حکومت نماید امتیاز نامه را از قانون قطر خارج دانست. با این استدلال، در دعوای ابوظبی داور تصمیم گرفت بر مبنای حقوق طبیعی و در دعوای قطر داور تصمیم گرفت بر مبنای اصول عدالت و انصاف و وجدان پاک رسیدگی کند.

در بند (۱) ماده ۳۳ قانون نمونه‌ی آنسیترال^۱ آمده است: «دیوان داوری قانونی را اعمال خواهد کرد که طرفین آن را برای حاکمیت بر ماهیت اختلاف برگزیده اند. در صورت فقدان چنین انتخابی از جانب طرفین، دیوان داوری قانونی که به موجب قواعد حل تعارض تعیین می شود، اعمال خواهد کرد.»

در صورتی که انتخاب ضمنی قانون قابل تشخیص نباشد، قواعد داوری ممکن است به داور اجازه دهد تا مستقیماً قانون مناسب را تعیین نماید. در ماده ۱۷ قواعد اتاق بازرگانی بین المللی مصوب ۱۹۹۸ به دیوان داوری اجازه داده شده است که در صورت فقدان چنین انتخابی، قانون مناسب را تعیین و اعمال نماید.^۲

در بند (۱) ماده ۷ کنوانسیون اروپایی راجع به داوری تجاری بین المللی تعیین قانون مناسب در پرتو قواعد حل تعارض شمرده شده است.^۳

عدم اعمال قواعد حل تعارض ممکن است با این اشکال مواجه شود که رای داوری توسط دادگاه داخلی نقض شود. زیرا به موجب حقوق بین الملل خصوصی، اجرای رای داوری در بسیاری از کشورها مشروط به رعایت قواعد حل تعارض آن کشور می باشد. البته در برخی از کشورها به مرجع داوری اجازه داده شده است داور بدون لزوم مراجعه به قواعد حل تعارض،

1. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL):

Article 33: 1. The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

2 ICC - International Chamber of Commerce Arbitration Rules 1998: **Article 17:** 1. The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

3 European Convention on International Commercial Arbitration Done at Geneva, on 21 April 1961: Article VII - Applicable Law

مستقیماً به «قانون مناسب» استناد نماید.^۱

عده ای نظریه قرارداد بی قانون را مطرح نموده و معتقدند که قرارداد تابع مفاد خودش است. به اعتقاد این دسته از حقوقدانان، در قراردادهای سرمایه گذاری باید اندیشه حاکمیت قانون ملی یا حقوق بین الملل را از سر بیرون کرد. زیرا این قراردادها نه صرفاً داخلی اند و نه کاملاً بین المللی. وردروس و بورکن از جمله کسانی هستند که با تکیه بر رأیی که در قضیه ابوظبی صادر شد نظریه قرارداد بی قانون را مطرح کرده اند. قبلاً گفتیم که داور قضیه ابوظبی، به دلیل اینکه قانون داخلی این کشور را برای حاکمیت در قراردادهای نفتی متری و مناسب نمی دانست، به حقوق طبیعی متوسل شد. حقوق طبیعی اگر چه ممکن است بر ماهیت اختلاف حکومت کند، ولی مفاد قرارداد فی نفسه حقوق طبیعی نیست. در هر حال طرفداران نظریه «قرارداد تابع خود» معتقدند که قرارداد به قانون طرفین تبدیل می شود و نیازی نیست برای حل اختلاف به منبع دیگری رجوع شود. به این ترتیب، قرارداد تابع قانون خودش است و استفاده از قوانین ملی یا بین المللی جنبه فرعی دارد.

نظریه قرارداد بی قانون با ایرادات اساسی مواجه است که در اینجا به برخی از این ایرادات اشاره می شود.

۱. اولین ایراد این است که هر قراردادی هر چه باشد، قدرت اجرایی خود را از قانون می گیرد. پروفیسور سوزر هال^۲ در این باره می نویسد: «بدیهی است که هیچ قراردادی نمی تواند در خلأ، یعنی بی آنکه بر سیستم حقوقی معینی مبتنی باشد، به وجود بیاید. عقد قرارداد بالضروره به قانون موضوعه معینی مرتبط می گردد که به موجب آن آثار قانونی بر تراضی و توافق اراده طرفین بار می شود. این امر در اختیار مطلق طرفین نیست. در خارج از یک سیستم حقوقی، قرارداد وجود پیدا نمی کند. اراده طرفین وقتی می تواند به ایجاد رابطه قراردادی منتهی شود که سیستم حقوقی حاکم، چنان اثری را به رسمیت شناخته باشد».

۲. مشکل دیگر این است که قرارداد هر چه جامع و کامل باشد نمیتواند همه جزئیات از قبیل اشتباه، تدلیس، غیر ممکن شدن اجرای قرارداد و غیره را پیش بینی کند.

۳. ایراد دیگری که مطرح می شود این است که آزادی در انتخاب قانون مطلق و بی قید و حصر نیست. بنابراین، همانطور که طرفین در انتخاب قانون حاکم از محدودیتهایی برخوردارند، در

۱. به عنوان مثال رجوع کنید:

France: Art. 1496, New Code of Civil Procedure
 Netherlands: Art. 1054(2), Code of Civil Procedure;
 Portugal: 1986 Law on Voluntary Arbitration, 44 *ICLQ* 179, 186 (1995);
 Switzerland, Private International Law Act, Ch. 12, art 187;
 2. Sauser Hall

تعیین شرایط و آثار قرارداد نیز از محدودیت‌هایی برخوردارند و این محدودیت‌ها در نظام‌های حقوقی تعیین می‌شود.

۴. برخی موضوعات مثل اهلیت و نظم عمومی با اداره اشخاص قابل تعیین نیست. برای تشخیص اهلیت طرفین و تعریف نظم عمومی نمی‌توان به اراده رجوع کرد. اینگونه موضوعات، اساساً با توافق دو یا چند اراده قابل تعیین نیستند. بنابراین چاره‌ای جز اتکا به قانون معینی که بر قرارداد حکومت نماید باقی نمی‌ماند.

در حقوق بین‌الملل این امر که قرارداد تابع هیچ قانونی نباشد، مورد انتقاد بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است و طرفداران چندانی ندارد. برخی از حقوقدانان که در حمایت از سرمایه‌گذاران غربی به دنبال رفع حاکمیت قانون داخلی هستند، در عین حالی که بر لزوم تابعیت هر قراردادی از سیستم حقوقی معینی تأکید می‌ورزند، قراردادهای توسعه اقتصادی را از حاکمیت قانون داخلی خارج دانسته و آن را تابع حقوق بین‌الملل می‌دانند. اینان در توجیه عقیده خود نظریه بین‌المللی شدن قراردادهای توسعه اقتصادی را مطرح می‌کنند.

حقوق بین‌الملل تنظیم‌کننده روابط دولتها و سازمانهای بین‌المللی است. اما طرفداران اعمال حقوق بین‌الملل می‌گویند مرکز ثقل قراردادهای اقتصادی که یک طرف آن دولت است، روابط بین‌المللی است. دولتی که وارد قرارداد امتیاز و سرمایه‌گذاری می‌شود، قرارداد خود را تا سطح معاهده^۱ ارتقاء می‌دهد و خواهان اجرای قواعد حقوق بین‌الملل است و معتقدند طبیعت قرارداد مقتضی بین‌المللی شدن آن است. بسط و گسترش اصول اقتصادی حقوق بین‌الملل از قبیل حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی خود و حق دولت‌ها در ملی کردن اموال و بنگاه‌های اقتصادی در چارچوب حقوق بین‌الملل و قطعنامه‌هایی که تا کنون از طرف مجمع عمومی سازمان ملل متحد در این زمینه صادر شده است، در توجیه این نظریه مورد استفاده قرار گرفته است.

در قضیه نفت ایران و انگلیس، دولت انگلیس معتقد بود که چون قرارداد ایران با شرکت نفت انگلیس پس از مداخله جامعه ملل و پیرو مذاکرات دو دولت منعقد شده است، ماهیتاً یک قرارداد بین دو دولت محسوب می‌شود و از این رو دولت انگلیس حق دارد، راساً و بدون نیاز به مطرح شدن مقوله حمایت دیپلماتیک، بر علیه دولت ایران در دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه دعوا نماید. اما دیوان معتقد بود که قرارداد مزبور، قرارداد بین دو دولت نیست و معاهده محسوب نمی‌شود. سرانجام دولت انگلیس مجبور شد که در قالب حمایت سیاسی موضوع را پیگیری نماید.

1. Treaty.

تئوری تبعیت قراردادهای توسعه اقتصادی از حقوق بین الملل نیز با ایراداتی مواجه است: اولاً، اگر حل اختلاف در قراردادی به داوری داخلی ارجاع شده باشد، کسی طرف دار این نظریه نیست که داور داخلی حقوق بین الملل را اجرا نماید. اگر طبیعت قرارداد مقتضی بین المللی شدن است چرا در داوری ها و دادگاههای داخلی به آن عمل نمی شود. بنابراین در خود کشورهای غربی نیز پای بندی کامل به این نظریه وجود ندارد. ثانیاً، قراردادهای اقتصادی که یک طرف آن دولت است، ماهیتاً در زمره قراردادهای خصوصی است و حقوق بین الملل فاقد قواعد ناظر بر قراردادهای خصوصی است. نظام حقوق بین الملل از چنان قواعدی که روابط اقتصادی خصوصی را تنظیم کند برخوردار نیست. ثالثاً، همان طور که در بحث قراردادهای بدون قانون گفتیم، تعیین تکلیف بسیاری از موضوعات فقط از عهده نظام حقوقی معینی برمی آید که در اینجا می گوئیم بخشی از این موضوعات مثل اهلیت طرفین و محدودیتهای طرفین در انتخاب قانون حاکم و رجوع به داوری فقط در قوانین داخلی کشورها تعیین می شود. به علاوه برخی مفاهیم حقوقی مثل تابعیت فقط در اختیار نظام حقوقی داخلی هر کشوری است. در ماهیت دعوی همان گونه که در گفتار اول این مبحث نیز اشاره گردید حاکمیت اراده طرفین و تعیین قانون قابل اعمال از طرف آنان مد نظر قرار گرفته است و در صورت سکوت طرفین داور تعیین قانون می نماید که این دو بحث در ماهیت اختلاف اهمیت بیشتری دارند.

دادگاه ها غالباً امور مربوط به اخلاق ناظر بر دادرسی منصفانه را به عنوان یک مسئله مرتبط با نظم عمومی تلقی می کنند. رعایت ملاحظات نظم عمومی شکلی در داوری بین المللی به دو مرحله تقسیم می شود: مرحله اول که همان مرحله داوری است، به دوره قبل از صدور رای داوری مربوط می شود. حقوق مورد نظر در این مرحله همان اصول دادرسی منصفانه است. یعنی نظام های حقوقی، نقض اصول دادرسی منصفانه را به عنوان یک موجب خاص برای اعمال نظارت قضایی بر رای داوری در نظر گرفته اند. قانون نمونه فرانسه و سوئیس از این جمله اند. در صورت عدم تخصیص عنوانی خاص برای نقض این اصول، جهت اعمال نظارت قضایی بر رای داوری، نقض آن ها تحت عنوان عام نظم عمومی قابل بررسی است. مرحله دوم مرحله صدور رای است که ناظر به شرایط شکلی رای داوری است که اغلب به حقوق اساسی و طبیعی طرفین مثل لزوم استدلال و استناد در رای که در برخی کشورها در زمره ملاحظات نظم عمومی است، مربوط می شوند.

ب- تعیین قانون توسط طرفین

نظم عمومی و الزامات آن از جمله اخلاق در داوری قبل، حین و بعد از صدور رای داور را شامل می شود. این نظم باید هم توسط صاحبان دعوا و اصحاب قرارداد داوری، هم داوران و هم

قضات دادگاه‌ها در نظر گرفته شود. به طور مثال طرفین قرارداد باید با در نظر گرفتن نظم عمومی و قواعد آمره قرارداد خود را تنظیم کنند، هم چنین داوران باید با رعایت قواعد نظم عمومی داخلی رای خود را صادر و انشا نمایند و در نهایت قضات باید آرای داوری را با در نظر گرفتن نظم عمومی بررسی نمایند. در این میان تعیین قانون حاکم بر دعوا از اختیارات طرفین قرارداد داوری است. احترام به آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر دعوا که در قانون داوری تجاری بین المللی ایران پیش بینی شده، مانند مقررات مشابهی که در قانون نمونه آنستیرال برای اولویت توافق طرفین وجود دارد، کاملاً شاخص و پیدا است. بند ۱ ماده ۲۷ قانون ایران در واقع ترجمه فارسی عین بند ۱ ماده ۲۸ قانون نمونه آنستیرال است. از نظر قانون ایران، انتخاب طرفین در مورد قانون ماهوی اولویت دارد و هیچ گونه محدودیتی ندارد. با این همه، این پرسش همچنان مطرح است که آیا اولویت و حاکمیت انتخاب طرفین در برابر قوانین آمره ایران نیز، معتبر و حاکم است یا نه؟ این سوال از دو جهت مطرح می شود. اول، از حیث میزان محدودیتی که قوانین ایران به عنوان نظم عمومی بر آزادی اراده طرفین موافقت‌نامه در انتخاب قانون حاکم وارد می کند. بدیهی است این جنبه فقط در فرضی قابل طرح است که در قانون ایران به عنوان قانون حاکم بر موافقت‌نامه بدانند. دوم، از نظر میزان تأثیری است که قوانین ایران به عنوان نظم عمومی بر تصمیم و رأی دیوان داوری دارد، و احیاناً قانون منتخب طرفین را معتبر نمی داند (سیفی، ۱۳۷۷: ۷۱). به نظر می رسد که نمی توان بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری ایران را طوری تفسیر کرد که مجوز اعتبار هر گونه انتخاب قانون ماهوی حاکم باشد، بلکه این ماده انتخاب طرفین را تا جایی محترم شمرده که به موجب قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری نیز معتبر باشد. فرض کنیم در یکی از حالات، قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری، قانون ایران باشد، اصحاب دعوا تا کجا می توانند قانون ماهوی حاکم را انتخاب و تعیین نمایند، طبقاً باید به قانون ایران مراجعه شود. البته قوانین ایران در این مورد با دشواری‌هایی مواجه است و به ویژه از حیث آزادی عمل اتباع ایرانی برای موافقت با چنین انتخاب مطلق روشن و آسان نیست.

به هر حال چنین به نظر می رسد تمام قوانین داوری اصل آزادی اراده طرفین را به رسمیت می شناسند؛ یعنی این اصل که طرف‌ها آزاد هستند قانون یا قواعد ماهوی حاکم بر ماهیت اختلاف ارجاع شده به داوری را تعیین کنند.^۱ این سازوکاری در اختیار طرف‌ها قرار می دهد تا از اعمال قانونی نامطلوب یا نامناسب بر اختلافی بین المللی جلوگیری کنند. این انتخاب بر هیأت

۱. بند (۱) ماده ۱۸۷ حقوق بین المللی فدرال سوئیس:

-The Arbitral tribunal shall decide the case according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence thereof, according to the rules of law with which the case has the closest connection.

داوری الزامی است در اکثر قواعد داوری از جمله سوئیس هم بر این مطلب صحه گذاشته است (دی ام لیو و همکاران، ۱۳۸۷: ۴۲۵).

ج- انتخاب قانون توسط داور

در سکوت طرفین، قاعده آزادی داور در انتخاب قانون حاکم پذیرفته شده است، ولی در عمل، طرق اعمال این آزادی به دو صورت خواهد بود. به عبارت دیگر، آزادی انتخاب قانون توسط داور گاه می‌تواند به معنای انتخاب قانون حل تعارض حاکم باشد و گاه به معنای قانون ماهوی حاکم به طور مستقیم. از این دو طریق، طریق اول که ناظر به یک روش حل تعارض برای تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعواست، به ناچار به یک سیستم حقوق ملی می‌انجامد، ولی روش دوم همان روشی است که برای داوران امکان اعمال حقوق فراملی را فراهم می‌آورد (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۹۷-۱۹۶). در این رابطه بند (۱) و (۲) ماده ۱۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران بیان می‌دارد؛ طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون در مورد آئین رسیدگی داوری توافق نمایند. و در صورت نبودن چنین توافقی «داور» با رعایت مقررات این قانون، داوری را به نحو مقتضی اداره و تصدی می‌نماید. تشخیص ارتباط، موضوعیت و ارزش هرگونه دلیل بر عهده «داور» است. ماده ۱۹ قانون نمونه آنسیترال مقرر می‌دارد؛ طرفین آزادند که در مورد تشریفات که بایستی جهت انجام رسیدگی توسط دیوان داوری رعایت شود، با توجه به مقررات این قانون توافق کنند.

در صورت نبودن چنین توافقی، دیوان داوری می‌تواند با رعایت مقررات این قانون، داوری را به نحوی که مقتضی تشخیص می‌دهد اداره و تصدی کند. اختیاری که دیوان داوری در این موارد دارد، شامل اختیار او در تشخیص قابل قبول بودن، ارتباط، موضوعیت یا ارزش هرگونه دلیل نیز می‌باشد.

همچنین در برخی از اسناد بین‌المللی به داوران اختیار داده شده است که قانون حاکم را بر اساس قواعد حل تعارضی که مناسب تشخیص می‌دهند، تعیین نمایند. در این اسناد اشاره ای به قواعد حل تعارض کشور خاصی نشده است و این امر به انتخاب داوران محول شده است. بند (۲) ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال چنین مقرر می‌دارد: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم به وسیله طرفین، دیوان داوری قانونی را اعمال خواهد کرد که از طریق قواعد حل تعارضی که دیوان داوری آن را قابل اعمال تشخیص می‌دهد، تعیین می‌گردد». در این بند صراحتاً تعیین قواعد حل تعارض را به داوران واگذار کرده است که قواعد مناسبی را انتخاب کنند. مشابه این امر در بند (۱) ماده ۳۰ مقررات داوری منطقه ای تهران پذیرفته شده است. در این رابطه نیز بند (۱) ماده ۱۸۷ قانون فدرال سوئیس مقرر می‌دارد؛ داوران آزادند نظام یا قواعد حل تعارض قوانین را که مناسب تشخیص می‌دهند برگزینند (دی ام لیو و همکاران، ۱۳۸۷: ۴۳۷-۴۳۶).

در اخلاق به معنای تابعی از نظم عمومی در روابط بین الملل علی الاصول با تعارض قانون خارجی و قانون داخلی مواجهیم که اعمال قانون خارجی با نظم عمومی داخلی تعارض پیدا می‌کند و با وجود آن که قواعد حل تعارض قانون خارجی را حاکم می‌سازد، اما نظم عمومی غلبه داشته، مانع از اجرای قانون خارجی علی الاصول صلاحیت دار می‌شود. این در حالی است که نظم عمومی در داوری تجاری بین المللی، علی الاصول مانع از اعتبار یا اجرای رای داوری بین المللی در یک کشور (غالباً کشور محل اجرا و بعضاً کشور محل صدور) به علت تعارض با نظم عمومی بین المللی آن کشور می‌گردد.

«نظام های حقوقی نیز بین قواعد نظم عمومی داخلی و قواعد نظم عمومی بین المللی خود تفاوت قائل می‌شوند. در حقوق داخلی مفهوم نظم عمومی اغلب برای معرفی قواعد امری به کار می‌رود که طرفین نمی‌توانند از آن‌ها عدول کنند. درحالی که، در حقوق بین الملل خصوصی، نظم عمومی که به عنوان «نظم عمومی بین المللی» و به عبارت صحیح تر «نظم عمومی در روابط بین المللی» یا «استثنای نظم عمومی» شناخته می‌شود، دادرسی را قادر می‌سازد از اعمال قانون خارجی علی الاصول صلاحیت دار امتناع کند. در حوزه داوری های تجاری بین المللی از جمله در زمینه اجرای آرای داوری بین المللی که اداره دسته ای از روابط حقوقی بین المللی و نه روابط داخلی صرف، مورد نظر است، نظم عمومی به مفهوم اخیر یعنی نظم عمومی به مفهوم خاص یا استثنای نظم عمومی کارگزار باشد.» (جنیدی، ۱۳۹۲: ۲۶۵)

نتیجه گیری

کنوانسیون وین ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ بر وجود قاعده آمره در جامعه بین المللی تاکید دارند ولی نتوانستند معیاری برای شناخت قواعد آمره ارائه دهند. لذا برای احراز چنین قاعده ای باید دو شرط وجود داشته باشد:

۱- قاعده آمره منافع اساسی جامعه بین المللی را تضمین کند

۲- جامعه بین المللی آن را بصورت امری تخطی ناپذیر پذیرفته باشد.

ماده ۵۳ کنوانسیون وین قاعده آمره را قاعده تخلف ناپذیر توصیف می کند و تخلف از آن را موجب مسئولیت بین المللی متخلف می داند بنابراین قاعده آمره قاعده ای است که واجد ضمانت اجرا می باشد.

نقض قاعده آمره موجب بطلان رای داورى می شود و از لحاظ اصولی مسئولیت شخص متخلف را در پی خواهد داشت، چرا که تجاوز به منافع اساسی جامعه بین المللی یا حقوق داخلی رخ داده است. قواعد آمره در داورى تجارى بین الملل هرچند دال بر مدول اخلاق می کند، لیکن بنا به اینکه اخلاق امری اعتباری و در نهایت انتزاعی است، نمی توان قواعد آمره در داورى تجارى بین المللی را از منظر اخلاقی مورد بررسی قرار داد و به آن وجاهت بخشید زیرا نسبت میان اخلاق و منفعت در روابط بین الملل از جنس تعارض و تقابل است. و بایستی به این قواعد به عنوان ابزاری صرفاً حقوقی نگریست. مهم ترین قواعد نظم عمومی شکلی در رابطه با داورى دالی برگرفته از اخلاق است. اصول دادرسی عادلانه و منصفانه، از جمله رفتار برابر با طرفین و تشکیل منصفانه دیوان داورى و رعایت انصاف و عدالت در رسیدگی به دلایل و لزوم رعایت بی طرفی داوران هستند. ادله اثبات دعوی نیز متأثر از نظم عمومی است. برای یک مثال می توان به ضمانت اجرای بطلان آراء مغایر با اسناد رسمی اشاره کرد. بی تردید مبنای این مقررته تنها نظم عمومی است. بدین ترتیب باید گفت اگرچه ارزش ادله به نظر داور وابسته است اما این آزادی برای داور بی قید و شرط نیست و به نظم عمومی محدود می گردد.

قاعده آمره در ابتدا از طریق نظام های حقوقی داخلی و در جوامع داخلی شکل گرفته است و به تدریج وارد نظام حقوق بین الملل شده است. در هر نظام حقوقی که مجموعه ای از اصول و قواعد است، هر قاعده اعتبار خود را از قاعده برتر می گیرد: به این معنی که هر قاعده در سلسله مراتب معینی جای دارد. در حقوق بین الملل نیز این نظریه، اهمیت زیادی دارد و هر قاعده ای مبنای اعتبار خود را از قاعده برتر می گیرد. قواعد آمره، قواعد حقوقی و دارای ماهیت حقوقی برتری هستند که در رأس همه قواعد قرار دارند. بنابراین رعایت آن بر همه لازم الاجراست؛ زیرا که بیانگر منفعت مشترک برای جامعه جهانی است و همه اعضای بین المللی در این خصوص ذینفع تلقی می شوند. اما اینکه این قواعد دال بر مدول اخلاق و تلاش برای رسیدن جامعه بین المللی بر مبنای اخلاق هستند، در ذات قوانین آن نهفته است اما اینکه این قواعد دارای ماهیت اخلاقی توأم با ماهیت حقوقی باشند، تا زمانی که نتوان معیار مشخصی برای تبیین اخلاق در روابط بین الملل ارائه نمود، امری آرمانی و شاید دست نیافتنی باشد.

فهرست منابع

۱. ثابت مقدم، منصور. (۱۳۸۱)، ماهیت حقوق بین الملل: حقوق یا اخلاق، کانون، (۲) ۳۵.
۲. جنیدی، لعبا، (۱۳۹۲)، اجرای ارای داوری بازرگانی خارجی، تهران: انتشارات شهر دانش.
۳. (۱۳۷۸). نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۴. خانی، محمد حسن، (۱۳۸۹)، نسبت بین اخلاق و منفعت در روابط بین الملل، دانش سیاسی، ش ۱۱.
۵. خیابوی، ایلدار آفاقلیزاده، (۱۳۸۷)، تعهدات اخلاقی داوران در داوری‌های تجاری بین المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.
۶. دشتی و کریمی، (۱۳۹۲)، مطالعه تطبیقی داوری رضایی یا تشریفاتی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱، دانشگاه علوم قضایی تهران.
۷. رسول زاده فرساد، علی و علومی، حمیدرضا، (۱۳۹۸)، چالش‌های اخلاقی اجرای رای داور در نظام حقوقی ایران، پژوهش‌های اخلاقی، (۱۰) ۱.
۸. سیفی، سیدجمال، (۱۳۷۷) «قانون داوری تجاری بین المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنستیرال»، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره ۲۳.
۹. شهبازی نیا، مرتضی و بازرگیر، سعید، (۱۳۹۴)، نظم عمومی و نقش آن بر امور شکلی داوری، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ش ۲۳.
۱۰. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۶). نقش آنستیرال در توسعه حقوق تجارت بین الملل؛ مجله آوای عدالت، شماره ۱۹.
۱۱. صناعی، مهدیه؛ صادقی، محمد، (۱۳۹۵)، حقوق و اخلاق در آراء جان آستین، کلسن، هارت و کانت: در جستجوی نظام حقوقی کارآمد، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، (۱۲) ۲.
۱۲. لنکرانی، زینب السادات، (۱۳۹۵)، اعتبار حقوقی اصل حسن نیت در منابع حقوق بین الملل با تاکید بر توافق هسته ای جمهوری اسلامی ایران و غرب، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه پیام نور استان تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۱۳. نوین، پرویز، (۱۳۸۶)، نظم عمومی در حقوق PUBLIC ORDER، کانون وکلا، شماره‌های: ۱۹۸-۱۹۹
14. Doak Bishop, Lucy Reed, Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, Arbitration International, Volume 14, Issue 4, 1 December 1998.
15. Hwang, Michael "Why is There Still Resistance to Arbitration in Asia?", lecture delivered at The International Arbitration Club, Table Talk (Autumn 2007)
16. Resnik, David B., The Ethics of Science, London & Newyork, 1998.
17. Rogers, Catherine, The Ethincs of international Arbitors, <http://ssm.com/abstract=1081436>.