

قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی در صورت عدم انتخاب طرفین اختلاف

سعید جوهر^۱

چکیده

در داوری تجاری بین‌المللی، طرفین اختلاف در انتخاب قانونی که بر ماهیت دعوای ایشان حاکم باشد،^۲ آزادی عمل دارند؛ مشروط به این‌که قانون انتخاب شده، مخالف با نظم عمومی و قواعد آمره نباشد. اختلاف عقاید زمانی ایجاد می‌شود که طرفین قانون حاکم بر ماهیت دعوا را انتخاب نکرده باشند. این عدم انتخاب باعث کندی روند داوری می‌شود و می‌تواند ناشی از عدم توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم ماهوی باشد. در این حالت، داور باید قانونی را که بر اساس آن به ماهیت دعوا رسیدگی می‌شود، مشخص کند؛ چرا که به علت دخالت یک رکن بین‌المللی در اختلاف و سکوت طرفین، قانون حاکم بر ماهیت دعوا از ابتدا مشخص نیست. داور گزینه‌های متعددی پیش‌رو دارد که موضوع این مقاله، مطالعه تطبیقی این رویکردها و موضع کشورها و سازمان‌های داوری و محدودیت‌های این انتخاب است. این مقاله ضمن مطالعه تطبیقی با روش کتابخانه‌ای، بر این فرض تکیه دارد که داور همان اراده‌ای را داراست که طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت اختلاف خود دارند.

واژگان کلیدی: داوری، تجارت بین‌الملل، رویکرد مستقیم، رویکرد غیر مستقیم، قانون قابل اجرا، قانون ماهوی.

۱. دکتری حقوق خصوصی، رئیس شعبه ۵ حقوقی دادگستری شهرستان سیرجان
saeed.johar@yahoo.com

2. Substantive law

درآمد

طرفین یک قرارداد تجاری بین‌المللی، در بیشتر موارد داوری را برای حل و فصل اختلافات خود انتخاب می‌کنند؛ چرا که این شیوه جایگزین حل و فصل اختلاف، موثر، کارا، انعطاف‌پذیر، بی‌طرف و لازم‌الاجراست (Law et al. 2003: 15-30). در کنار این ویژگی‌ها، قابلیت پیش‌بینی^۱ از جمله اوصاف مهم داوری است. مشکلات ناشی از انتخاب قوانینی که حاکم بر داوری است، در فرضی که طرفین نسبت به آن سکوت کرده‌اند، باعث می‌شود جریان داوری غیر قابل پیش‌بینی شود و به کندی پیش‌رود و نتیجه مطلوب ارجاع اختلافات به داوری که حل و فصل سریع‌دعاویست، حاصل نگردد (Born, 2020: 2616، صفایی، ۱۳۷۲: ۵۶). طرفین بر اساس اصل حاکمیت اراده از آزادی عمل گسترده‌ای برای انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلافات خود برخوردارند، اما در صورت عدم انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلافات توسط طرفین در موافقت‌نامه داوری، داور باید این قانون را تعیین کند (Jones, 2014: 911). در این شرایط، اختیار داور برای تعیین قانون حاکم، گسترده و نامحدود می‌شود (Fouchard et al. 1999: 865). به این علت که داور باید تصمیم خود در انتخاب قانون یاد شده را توجیه کند. معیارهایی برای او در انتخاب قانون حاکم در نظر گرفته شده است. داور باید در انتخاب قانون ماهوی دلایل توجیهی خود را اعلام کند؛ بنابراین معیارهایی برای انتخاب و توجیه آن باید وجود داشته باشد. اساساً تعیین قانون حاکم بر داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی به علت دخالت یک رکن خارجی در اختلاف، اهمیت زیادی دارد. در این شرایط، قوانین متعددی با جنبه‌های مختلف اختلاف ارتباط پیدا می‌کند و به این علت تعیین قانون حاکم بر هر یک از آن‌ها اهمیت زیادی می‌یابد. قانون حاکم بر داوری در پنج مورد قابل طرح است: نخست، قانون حاکم برای تشخیص اهلیت طرفین قرارداد؛ دوم، قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری؛ سوم، قانون حاکم بر آیین داوری؛ چهارم، قانون حاکم بر ماهیت اختلاف؛ و پنجم، قانون حاکم بر شناسایی و اجرای رای داوری؛ (مافی، ۱۳۹۷: ۲۹۳، شیروی، ۱۳۹۸: ۲۰۹). به این پنج مورد باید قانون حاکم بر قابلیت داوری‌پذیری اختلاف را نیز افزود.

موضوع این مقاله، تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در فرضی است که طرفین نسبت به آن سکوت کرده‌اند. این مسأله را می‌توان حقوقی‌ترین جنبه داوری تجاری بین‌المللی دانست (جوهر، ۱۴۰۱، ۸۹). قانون حاکم بر ماهیت اختلاف یا قانون ماهوی،^۱ قانون یا قواعد حقوقی‌ای است که در زمان بروز اختلاف بین طرفین بر قرارداد اصلی حکومت می‌کند و مبنای حل و فصل اختلافات طرفین قرار می‌گیرد (Ma, 2015: 190). قانون ماهوی تحت عنوان «قانون حاکم»^۲ نیز شناخته می‌شود و بر وجود، اعتبار، تفسیر، اجرا و به طور کلی حقوق و تعهدات طرفین دعوا حکومت دارد (Blackaby et al, 2015: 302). این قانون، تعیین‌کننده نتیجه اختلاف بوده و دربردارنده قواعد ماهوی است (علی‌دادی ده‌کهنه و جوهری، ۱۴۰۳: ۲۹۵) در برخی موارد، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف، سبب دعوا را نیز تحت تاثیر قرار می‌دهد؛ برای نمونه مشخص می‌کند که جبران‌ها و الزامات به عهده کدام یک از طرفین است یا چه نوع خسارتی قابل جبران است یا ضمان درک مبیع به عهده کدام یک از طرفین است. قانون ماهوی حاکم بر دعوا، به طور مستقیم اختلاف طرفین را حل و فصل می‌کند و شاید بتوان گفت مهم‌ترین قانونی است که در جریان داوری باید مشخص شود. برابر آماري که در سال ۲۰۱۲ منتشر شده است، در بیست درصد از داوری‌های تجاری بین‌المللی، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف مشخص نشده است (Waincymer, 2012: 992). در نتیجه ضرورت دارد داور در این موارد، قانون حاکم بر اختلاف را تعیین کند. اصل حاکمیت اراده ایجاب می‌کند طرفین بتوانند آزادانه قانون ماهوی حاکم بر ماهیت اختلاف خود را تعیین کنند (مافی، ۱۳۹۷: ۲۹۵). به اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلافات در ماده (۱) ۲۸ از قانون نمونه آنسیترال تاکید شده است. این بند دیوان داوری را ملزم می‌کند مقررات قانونی‌ای که طرفین انتخاب کرده‌اند را اعمال کند. این حق انتخاب قانون ماهوی، محدودیت‌هایی دارد ولی اصل، حاکمیت اراده است. اما اگر آن‌ها قانون ماهوی حاکم بر دعوا را به صراحت یا به طور ضمنی مشخص نکرده باشند، داور وظیفه دارد چنین قانونی را مشخص کند؛ چرا که او باید نسبت به ماهیت اختلاف بر اساس یک قانون

1. Substantive law

2. Governing law

مشخص اتخاذ تصمیم کنند. اساساً قصد طرفین از مداخله ثالث، تعیین راه الزام آور از سوی اوست؛ هر چند طرفین بعد از اعلام این راه حل بتوانند آن را با توافق کنار بگذارند (خدابخشی، ۱۴۰۳: ۲۶). عدم اطمینان طرفین از یکدیگر، سهل انگاری در انتخاب قانون حاکم، ابهام و تناقض در قانون ماهوی، عدم حصول توافق در خصوص قانون حاکم و مقتضیات نظم عمومی از جمله عللی است که باعث می شود طرفین قانون ماهوی حاکم بر اختلافشان را مشخص نکنند و این امر را به داوران واگذار نمایند (Mistelis et al., 2011: 241). اگر طرفین اختلاف با استفاده از اصل حاکمیت اراده، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف را مشخص نکرده باشند، داوران تکلیف دارند این قانون را تعیین کنند، اما داوران در انتخاب این قانون با سه مسأله و چالش اصلی مواجه هستند:

نخست، نظریه مستقیم در مقابل غیر مستقیم: داوران در ابتدا دو انتخاب پیش رو دارند؛ آن‌ها می توانند بر اساس نظریه مستقیم، قانونی را که مناسب برای رسیدگی تشخیص می دهند انتخاب کنند. این قانون قانونی است که نزدیک ترین ارتباط را با اختلاف طرفین دارد. در مقابل، اگر داوران نظریه غیر مستقیم را برگزینند، باید قواعد حل تعارض را اجرا کنند تا مشخص شود قانون ماهوی چه کشوری حاکم بر ماهیت اختلافات طرفین خواهد شد؛ بنابراین مسأله اول انتخاب مستقیم یا غیر مستقیم قانون ماهوی است.

دوم، انتخاب محدود در مقابل انتخاب نامحدود: آیا داوران محدود به قوانین ملی هستند یا از مقررات بین المللی و قواعد حقوق تجارت یا عرف های تجاری نیز می توانند استفاده کنند؟

سوم، اگر داوران قانون مناسب را انتخاب کنند، این سوال مطرح می شود که چه قانونی مناسب برای حل و فصل ماهیت دعواست؟ در مقابل، در نظریه غیر مستقیم، قواعد حل تعارض چه کشوری باید اعمال شود؟

این چالش ها نشان می دهد که انتخاب قانون حاکم بر ماهیت اختلاف چه اهمیتی دارد و از لحاظ حقوقی چه پیچیدگی هایی دارد. در این مقاله، به ترتیب قلمرو اصل حاکمیت اراده و محدودیت های آن در داوران تجاری بین المللی، رویکرد مستقیم در مقابل رویکرد غیر مستقیم برای انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلاف،

انتخاب قانون مناسب یا قواعد حل تعارض و در نهایت، انتخاب محدود در مقابل انتخاب نامحدود را بررسی خواهیم کرد. لازم به یادآوری است که تأکید این پژوهش بر این است که چه قانونی باید اجرا شود؛ بدون این که به محتوای قانون مذکور و موضوع اختلاف اشاره شود.

۱. اصل حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی و محدودیت‌های آن

حاکمیت اراده طرفین اختلاف، یکی از اصول اساسی و راهبردی در داوری تجاری بین‌المللی است. به این اصل نه تنها در قوانین ملی، بلکه در اساسنامه نهادهای داوری بین‌المللی نیز تأکید شده است (Park, 2008: 103). جایگاه این اصل در داوری تجاری بین‌المللی و محدودیت‌های آن، موضوع این بخش را تشکیل می‌دهد.

۱-۱. حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی

تاریخچه قانون‌گذاری در مورد قانون نمونه آنسیترال نشان می‌دهد که اصل حاکمیت اراده بدون هیچگونه مخالفتی در زمان تصویب پذیرفته شد (Blackaby et al. op.cit: 315). یکی از مصادیق آزادی اراده طرفین در ماده (۱) ۱۹ قانون نمونه آنسیترال^۱ پیش‌بینی شده است که برابر آن طرفین آزادند جریان داوری توسط داور را از ابتدا تا انتها تعیین کنند.^۲ در تعریف حاکمیت اراده می‌توان گفت طرفین آزادند روابط قراردادی خود را آن‌گونه که می‌خواهند طراحی کنند (Abdulhay, 2004: 159). اصل حاکمیت اراده در موافقت‌نامه داوری باعث می‌شود جریان داوری انعطاف‌پذیر شود. این اصل به طور گسترده در قرن نوزدهم میلادی مورد توجه قرار گرفت و نسبت به صحت آن تأکید شد (Morris & Collins, 2010: 32). در داوری تجاری بین‌المللی اصل حاکمیت اراده‌ها بسیار گسترده‌تر از حقوق داخلی اعمال می‌شود؛ چرا که طرفین در داوری تجاری بین‌المللی آزاداند قانون شکلی و ماهوی حاکم بر اختلافات خود را تعیین کنند. موافقت‌نامه داوری نخستین و مهم‌ترین منبع داوری است و نقش مهمی در حاکمیت اراده طرفین دارد (Shackelford, 2006: 900). اصل این است که داور باید به توافقات طرفین در انتخاب قوانین حاکم بر

۱. در تمام متن، منظور از قانون نمونه آنسیترال، قانون نمونه مصوب ۱۹۸۵ با اصلاحات ۲۰۰۶ است.
 ۲. "Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings".

داوری که در موافقت‌نامه داوری پیش‌بینی شده است، احترام بگذارد. استثنائات این قاعده محدود به موارد خاصی است و این اصل را خدشه‌دار نمی‌کند (Lew et al. op.cit: 38). این توافقات در موافقت‌نامه داوری منعکس می‌شود. در رأی شماره ۶۴۷۴ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی درباره این مسأله چنین آمده است: «بدون تردید، اولین و مهم‌ترین وظیفه داور اتخاذ تصمیم بر اساس خواسته‌ها و توافقات طرفین اختلاف است»^۱. این توافقات ممکن است صریح باشد یا به طور ضمنی از اوضاع و احوال حاکم بر موضوع اختلاف استنباط شود. در بسیاری موارد، طرفین به صراحت قانون حاکم بر ماهیت اختلاف را در قرارداد داوری انتخاب می‌کنند. آن‌ها می‌خواهند داوری با قطعیت و قابلیت پیش‌بینی بالایی پیگیری شود و از ابتدا بدانند که چه قانونی بر تعهدات قراردادی ایشان حاکم است. داور در هر حال باید به چنین انتخابی احترام بگذارد و نمی‌تواند قانونی را که طرفین انتخاب کرده‌اند، تغییر دهد. قوانین ملی و بین‌المللی و اساسنامه‌های سازمان‌های داوری چنین حقی را تأیید می‌کند (Born, op.cit: 2671). عدم احترام داور به چنین قانونی باعث می‌شود رأی داوری قابل اجرا نباشد و باطل شود. با پذیرش اصل حاکمیت اراده طرفین در داوری تجاری بین‌المللی، تا حد زیادی مسأله ناشی از انتخاب قوانین شکلی و ماهوی در داوری حل می‌شود؛ زیرا بر اساس این اصل، طرفین می‌توانند قوانین حاکم بر داوری را با توافق یکدیگر تعیین کنند. طرفین قرارداد با توجه به منافع خودشان در زمان انعقاد قرارداد، قانون حاکم بر اختلافات را مشخص می‌کنند. اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم، یکی از اصول کلی شناخته شده به وسیله ملل متمدن است (جنیدی، ۱۳۷۶: ۱۸۸). قانون حاکم ممکن است به صراحت توسط طرفین مشخص شده باشد یا بتوان تلویحاً و با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، آن را مشخص کرد، اما از یک طرف محدودیت‌هایی در قوانین ملی کشورها برای این انتخاب در نظر گرفته شده است و از طرف دیگر، طرفین ممکن است به هر علتی قانون حاکم بر داوری را در موارد مختلف تعیین نکرده باشند. در این دو مورد، انتخاب قوانین حاکم بر داوری اهمیت زیادی پیدا می‌کند و بر عهده داور است. در همین ارتباط، دادگاه عالی ایالات متحده امریکا معتقد است پیش‌بینی‌هایی که طرفین به طور صریح

1. ICC Case No. 6474, Yearbook Commercial Arbitration (2000), p. 283.

یا ضمنی در مورد قانون حاکم بر اختلاف دارند، باعث می‌شود انتخاب قانون یاد شده با سهولت بیشتری انجام شود و مآلاً جریان داوری با سرعت بیشتری ادامه یابد.^۱ در جایی که طرفین به صراحت قانون حاکم بر اختلافات خود را تعیین نکرده‌اند، داور باید در جست‌وجوی اراده ضمنی طرفین برای انتخاب قانون حاکم باشد (Blackaby et al. op.cit: 201)؛ چرا که داور نماینده طرفین اختلاف است و بر اساس وظایف نمایندگی و مسؤولیتی که برای حل اختلاف دارد، باید مانند طرفین قانون حاکم بر اختلاف را تعیین کند (Lew et al. op.cit : 40). برای استنباط اراده ضمنی طرفین و تعیین قانون حاکم، داور باید با توجه به برخی عناصر از جمله زبان یا ماهیت قرارداد، محل اجرای تعهدات یا سازمان داوری‌ای که طرفین انتخاب کرده‌اند، قانون حاکم بر قضیه را مشخص کند. همچنین مقر داوری انتخابی طرفین می‌تواند کمک بسیاری به طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم کند (Wortmann, 1998: 108). در دعوی شماره ۹۷۷۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی، دیوان داوری چنین تصمیم گرفت که انتخاب شهر استکهلم به عنوان مقر داوری، حاوی این نکته است که قواعد حل تعارض کشور سوئد باید حاکم بر اختلاف شود.^۲ قصد و اراده طرفین نیز اهمیت فراوانی دارد و داور باید با توجه به قصد مشترک آن‌ها در زمان انعقاد قرارداد، قانون حاکم را مشخص کند. در دعوی مشهور^۳ داور واحد^۴ چنین تصمیم گرفت که انتخاب ضمنی یا تلویحی طرفین اختلاف، «اصول حقوقی کلی شناخته شده به وسیله ملل متمدن جهان»^۵ است. قصد مشترک طرفین اختلاف در زمان انعقاد قرارداد یا اختلاف می‌تواند تعیین کننده باشد، اما احراز قصد مشترک آن‌ها هر چند دشوار است ولی با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه معنونه قابلیت استنباط دارد.^۶

1. Supreme Court of the United States, Scherk v. Alberto-Culver Co, (1974). Born, op.cit, 2254.

2. ICC Case No. 9771, Yearbook Commercial Arbitration (2004), pp. 52 et seq.

3. Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Co (1967). 13 ICLQ 1011, 1015.

4. Sole arbitrator

5. Principles of law generally recognised by civilised nations.

6. ICC Case No. 8113, Yearbook Commercial Arbitration (2000), p. 325.

۲-۱. محدودیت‌های حاکمیت اراده

ممکن است طرفین به بهانه اصل حاکمیت اراده بخواهند نسبت به قانون تقلب کنند و قواعد آمره را نادیده بگیرند؛ بنابراین باید حد و مرزی برای این اصل قائل شد. به طور کلی، نظم عمومی و قواعد آمره را می‌توان مهم‌ترین محدودیت‌های حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی دانست. به طور دقیق، قواعد آمره در هر زمینه‌ای برای حفظ نظم عمومی وضع شده است و این نتیجه به دست می‌آید که قواعد آمره مهم‌ترین محدودیت اراده طرفین در هر مورد است (Wilson Odoe, 2014: 99). نظم عمومی مفهومی اجتماعی است و شامل فرهنگ، ارزش‌های اخلاقی و اعتقادات جوامع می‌شود که مورد پذیرش همگان است و در جامعه قدرت اجرا دارد (Ansari, 2014: 52). نظم عمومی مفهومی سیال است و از هر جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است. همه کشورهای دنیا این محدودیت را به عنوان یک اصل اساسی و خدشه‌ناپذیر پذیرفته‌اند و تعرض به آن را باعث بطلان و بی‌اعتباری رای داور می‌دانند. در دعوایی^۱ دادگاه عالی کشور هند نظم عمومی را تعارض با نظم اساسی هر کشور، منافع جامعه، اخلاق، عدالت و هنجارهای قانونی اعلام کرد. نظم عمومی طرفین را از انعقاد قراردادهای غیر قانونی و غیر اخلاقی باز می‌دارد و تبعاً امکان ارجاع اختلافات ناشی از چنین قراردادهایی به داوری وجود ندارد. استناد به نظم عمومی، جوامع را از تعرض به اصول اساسی و بنیادین مصون می‌دارد. دادگاه‌های ملی در مرحله تقاضای ابطال رأی داور و یا شناسایی و اجرای آن باید معیارهای نظام ملی خود را در مورد نظم عمومی دخالت دهند و قراردادهای مخالف آن را به رسمیت نشناسند.

اصولی در داوری وجود دارد که قواعد آمره در این رشته محسوب می‌شوند و طرفین نمی‌توانند خلاف آن‌ها را توافق کنند. از جمله این اصول می‌توان به این موارد اشاره کرد: نخست، هیچ شخصی نمی‌تواند داور دعوای خود شود؛^۲ دوم، هر یک از اصحاب دعوا باید فرصت و امکان ارائه خواسته و دفاعیات و دلایل خود را داشته باشد؛ سوم، هر یک از طرفین باید دلایلی که منتهی به تصمیم داور شده را بدانند؛

1. Bharat Heavy Electricals v C.N. Garg

2. Nemo judex in causa sua

چهارم، شخصی که دلایل طرفین را می‌شنود باید رأی صادر کند؛ پنجم، شخصی که تصمیم می‌گیرد باید بی‌طرف باشد (Blackaby et al. op.cit: 271). توافق برخلاف این اصول، مغایر با نظم عمومی است و باعث می‌شود رأی داور قدرت و قابلیت اجرا نداشته باشد و محکوم تقاضای بطلان آن را کند. بنابراین نظم عمومی در مرحله ایجاد و اجرای حق مؤثر است و در زمینه داوری تجاری بین‌المللی باعث می‌شود اگر رأی داور مغایر با نظم عمومی کشور ایران و قواعد آمره آن باشد، دادگاه‌های ایران بر اساس بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی، رأی داور را از اساس باطل می‌دانند و از شناسایی و اجرای آن خودداری می‌کنند. در واقع، قانون‌گذار از هر سه مفهوم نظم عمومی، اخلاق حسنه و قواعد آمره استفاده کرده است تا شبهه‌ای در قلمرو این بند وجود نداشته باشد و گرنه بر اساس اصول، رعایت اخلاق حسنه از مصادیق نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۷۸) و نظم عمومی نیز چیزی جز رعایت قواعد آمره نیست. از جمله قواعد آمره که از اصول داوری نیز محسوب می‌شود، اصل «رفتار مساوی با طرفین» است. در ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران می‌خوانیم: «رفتار با طرفین باید به نحو مساوی باشد و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح ادعا یا دفاع و ارائه دلایل داده شود».

۲. رویکردهای انتخاب قانون ماهوی

در مورد تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف، دو رویکرد اصلی مستقیم و غیر مستقیم وجود دارد (Lew et al. op.cit : 48). در این بخش، تعاریف، نظریات، مستندات مربوط به رویکرد مستقیم و غیر مستقیم بررسی خواهد شد و کشورها و سازمان‌های داوری که این رویکرد را پذیرفته‌اند، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. مطالب این مبحث بر این فرض استوار است که طرفین با استفاده از اصل حاکمیت اراده، قانون ماهوی حاکم بر اختلافات خود را تعیین نکرده‌اند و داور باید از بین قوانین و مقررات حقوقی، قانون یاد شده را انتخاب کند.

۲-۱. رویکرد مستقیم

در رویکرد مستقیم^۱، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف به طور مستقیم و بدون استفاده از قواعد حل تعارض مشخص می‌شود (Blackaby et al. op.cit: 219).

1. Direct approach (En)/ Voie directe (Fr)

مستند این رویکرد ماده ۳۵،۱ قواعد داوری آنسیترال^۱ است که طبق آن، داور به طور مستقیم قانون ماهوی مناسب^۲ را برای تعیین تکلیف در خصوص ماهیت دعوا تعیین می‌کند. علت این‌که این نظریه را رویکرد انتخاب مستقیم می‌نامند این است که ضرورتی به اعمال قواعد حل تعارض برای شناخت قانون حاکم نیست^۳ و به طور مستقیم قانون ماهوی حاکم بر اختلاف مشخص می‌شود (Jones, op.cit: 911). برخی از کشورها و سازمان‌های داوری از رویکرد مستقیم برای انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلاف استفاده کرده‌اند که از طریق استقراء در قوانین آن‌ها مشخص می‌شود بیشتر در نظام حقوقی رومی رژمنی قرار دارند. ماده ۱۵۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه قانون حاکم را قانونی می‌داند که: «دیوان داوری مناسب می‌بیند».^۴ در میان قواعد داوری سازمان‌های بین‌المللی، در ماده ۳۳،۱ قواعد داوری مرکز داوری بین‌المللی دبی،^۵ ماده ۳۵،۱ قواعد داوری مصوب ۲۰۱۳ مرکز داوری بین‌المللی هنگ‌کنگ،^۶ ماده (۱) ۲۱ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۷ حکم مشابهی را می‌بینیم. برای نمونه، در ماده ۲۲،۳ قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن مصوب ۲۰۱۴ در این

1. UNCITRAL Arbitration Rules Article 35.1: The arbitral tribunal shall apply the rules of 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, which it determines to be appropriate.

2. Appropriate law

3. Hague Conference on Private International Law, Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Special Focus on International Arbitration, 2007, p.37.

4. Article 1511 du Code de procédure civile : Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

5. Dubai International Arbitration Centre Arbitration Rules 2007 Art 33.1: “If and to the extent that the Tribunal determines that the parties have made no such choice, the Tribunal shall apply the law (s). or rules of law which it considers to be most appropriate.”

6. Hong Kong International Arbitration Centre Administered Arbitration Rules 2013 Art 35.1: “the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate”

7. International Chamber of Commerce Rules of Arbitration 2012 Art 21 (2): “the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate”

باره می‌خوانیم: «دیوان داوری باید قانون یا قواعد حقوقی‌ای را اعمال کند که مناسب تشخیص می‌دهد».^۱ در حقوق برخی از کشورها، قانون ماهوی حاکم را قانونی دانسته که بیشترین یا نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد. این مورد نیز به منزله پذیرش رویکرد مستقیم است؛ چرا که قانون ماهوی به طور مستقیم انتخاب می‌شود. برای نمونه، طبق ماده (۲) ۱۰۵۱ قانون داوری ۱۹۹۸ آلمان: «دیوان داوری قانون دولتی که موضوع اختلاف بیشتر با آن مرتبط است را اعمال خواهد کرد».^۲

۱-۲. تحلیل رویکرد مستقیم

در رویکرد مستقیم، اختیار داور برای تعیین قانون ماهوی بسیار گسترده خواهد بود. اگر داور از این رویکرد استفاده کند باید قانون مناسب را انتخاب کند. قانون مناسب قانونی است که بیشترین ارتباط^۳ را با قرارداد دارد (Ma, op.cit: 191). قانون محل انجام داوری،^۴ قانون محل اجرای تعهدات قراردادی، قانون محل تجاری طرفین یا یکی از آنها و قانون محل انعقاد عقد از جمله قوانینی است که می‌تواند بیشترین ارتباط را با قرارداد داشته باشد. در هر مورد داور با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال تجاری طرفین، قانون مناسبی که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد به عنوان قانون ماهوی انتخاب می‌کند و آن را حاکم بر ماهیت اختلاف قرار می‌دهد. رویکرد مستقیم دربردارنده عناصر ارتباطی معنادار بین قرارداد اصلی و قانونی است که انتخاب می‌شود (Karton, 2009: 20). این رویکرد باعث می‌شود اختیار و آزادی عمل زیادی برای داور در انتخاب قانون حاکم ایجاد شود؛ به نحوی که او بر اساس عناصر ارتباطی قرارداد، قانون حاکم مشخص می‌کند. هر چند تصمیم داور در این مورد، غیر قابل پیش‌بینی خواهد بود، اما داور باید دلایل توجیهی خود را برای انتخاب قانون حاکم اعلام نماید. استفاده از رویکرد مستقیم برای برای طرفین قراردادهایی که قصد ادامه دادن روابط تجاری خود را دارند، مطلوب است؛ چرا که موضوع اختلاف آن‌ها بر اساس قانون مناسب حل و فصل می‌شود و داوران آزادی عمل گسترده‌ای

1. London Court of International Arbitration Rules 2014 Art 22.3: "the Arbitral Tribunal shall apply the law (s). or rules of law which it considers appropriate"

2. Germany – Arbitration Act 1998 s 1051 (2): "the arbitral tribunal shall apply the law of the State with which the subject-matter of the proceedings is mostly connected"

3. Closest connection

4. Seat of arbitration

در تعیین چنین قانونی دارند (Vogel, 2021, 122) باید یادآور شد قانون مناسب، بر اساس هر موضوع متفاوت است و برخلاف رویکرد غیر مستقیم، گستردگی و انعطاف پذیری دارد (De Boissésion et al., 2023, 495) پذیرش رویکرد مستقیم با نظریه غیر بومی شدن داوری نیز هم‌سو است که بر اساس آن داوری باید از قید و بند مقررات ملی آزاد شود و تحت حاکمیت مقررات فراملی قرار گیرد (Chenoy, 2018: 4).

۲-۱-۲. مزایای انتخاب رویکرد مستقیم

مهم‌ترین مزیت انتخاب قانون با نزدیک‌ترین ارتباط این است که این قانون انعطاف پذیر است و باعث می‌شود داوران بتوانند در ماهیت دعوا تصمیمی اتخاذ کنند که واقع‌بینانه و قابل پذیرش از سوی طرفین باشد. معیار با نزدیک‌ترین ارتباط یک معیار عینی^۱ برای انتخاب قانون حاکم محسوب می‌شود؛ چرا که داوران را از انتخاب غیر شفاف و غیر منطقی باز می‌دارد و باید انتخابی کنند که با توجه به شرایط و اوضاع و احوال همان موضوع و موضوعات مشابه، منطقی و شفاف باشد (Schmalz, 2015: 43). طرفداران رویکرد مستقیم معتقدند معیارهایی که داوران را به انتخاب قانون ماهوی مناسب سوق می‌دهد، اغلب همان قواعد حل تعارض است؛ بدون این‌که به مشکلات ناشی از اعمال مقررات متناقض در قواعد حل تعارض برخورد کند؛ بنابراین داور می‌تواند به طور دقیق‌تری انتخاب خود را توجیه کند (Ferrari et al. 2010: 20). البته داور باید مشخص کند قانونی که به عنوان قانون حاکم تعیین شده، به چه علت مناسب‌ترین قانون برای بررسی و حل و فصل اختلافات طرفین است (ibid: 88). به عبارت دیگر، داور باید دلایل موجهی که منجر به انتخاب قانون مناسب شده است را در رأی خود اعلام کند؛ بنابراین اختیار داور در انتخاب قانون مناسب به معنای این نیست که او بتواند هر انتخابی را انجام دهد بلکه باید انتخاب خود را توجیه کند و اعلام نماید که بر چه مبنایی این انتخاب را انجام داده است (Schwartz et al, 2005: 241). از طرف دیگر، رویکرد مستقیم با رویه‌های تجاری بین‌المللی سازگاری بیشتری دارد؛ با این توضیح که در رویکرد مستقیم، داور از آزادی عمل گسترده‌ای برای انتخاب قانون حاکم بر ماهیت اختلاف برخوردار است

1. Objective test

(Philip Ray, 2016: 32). این آزادی عمل را به طریق اولی طرفین اختلاف نیز دارند، اما وقتی طرفین قانون ماهوی حاکم بر اختلافات را تعیین نمی‌کنند، این حق را به داوران داده‌اند؛ بنابراین آزادی داوران در انتخاب قانون ماهوی نباید محدودتر از آزادی طرفین اختلاف باشد. آن‌ها باید بتوانند بر اساس صلاحدید خود قانون ماهوی را تعیین کنند، همان‌گونه که طرفین نیز بر مبنای توافقات خود قوانین ماهوی و شکلی حاکم بر روند داوری و اختلاف را تعیین می‌نمایند.^۱ در واقع، رویکرد مستقیم مبتنی بر منفعت و مصلحت است و با هدف اعتبار بخشی به آزادی قراردادی مورد پذیرش قرار گرفته است. این رویکرد برای اطمینان از رعایت عدالت و انصاف بین طرفین اختلاف است و بر اساس انتظارات و توقعات منطقی طرفین از داوری تجاری بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است (Waincymer, op.cit: 994-995). در نتیجه، انعطاف پذیری در انتخاب قانون حاکم،^۲ تسریع در روند داوری، عدم ضرورت اعمال قواعد حل تعارض، تطابق تصمیم داور با خواست طرفین و صدور رأی بر اساس نیازهای آن‌ها از جمله مهم‌ترین مزایای انتخاب رویکرد مستقیم است.

۲-۲. رویکرد غیر مستقیم

در رویکرد غیر مستقیم^۳ انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوا، در دو مرحله انجام می‌شود: در مرحله نخست، داور بر اساس قاعده حل تعارض مشخص می‌کند که قانون کدام کشور حاکم بر اختلاف است و سپس قانون ماهوی کشوری را که برابر قاعده حل تعارض صالح شناخته شده به موقع اجرا می‌گذارد و بر اساس آن به ماهیت دعوا رسیدگی می‌نماید (Jones, op.cit: 911). انتخاب داور در رویکرد غیر مستقیم، به استناد ماده (۲) ۲۸ قانون نمونه آنسیترال است. بر اساس این ماده: «در صورت عدم تعیین [قانون ماهوی حاکم بر اختلاف] از سوی طرفین، دیوان داوری باید قانونی را که به وسیله قواعد حل تعارض قابل اجرا تعیین می‌شود، اعمال کند».^۴ انتخاب

1. UNCITRAL Report, Rep. of the U. N. Common on International Trade Law on the 18th Session, June 3–21, 1985, U.N. Doc. A/40/17 (Aug. 21, 1985). p. 237.

2. ICC Case No. 9875, International Court of Arbitration Bulletin (2001), p. 97.

3. Indirect approach (En)/ Voie indirecte (Fr)

4. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Art. 28 (2): Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined

این رویکرد باعث می‌شود اختیار دیوان داوری برای تعیین قانون ماهوی محدود به انتخاب قواعد حل تعارض شود. نیاز به یادآوری است که این رویکرد نسبت به نظریه مستقیم قدیمی تر است و سابقه آن به کنوانسیون اروپایی داوری تجاری بین‌المللی ۱۹۶۱^۱ باز می‌گردد که در بند اول ماده ۷ آن آمده بود: «در صورت عدم تعیین قانون قابل اجرا از سوی طرفین، داوران باید قانونی که بر اساس قواعد حل تعارض قابل اجراست، اعمال کنند.»^۲ همین قاعده و عبارات را در ماده (۳) ۱۳ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ۱۹۷۵^۳ می‌بینیم. برخی از کشورهای دنیا در قوانین داوری خود از رویکرد غیر مستقیم تبعیت کرده‌اند که بیشتر آن‌ها کشورهایی هستند که در نظام حقوقی کامن‌لا قرار دارند. برای نمونه در بخش اس (۳) ۴۶ قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان پیش‌بینی شده: «دیوان داوری باید قانونی را اعمال کند که به وسیله قواعد حقوقی حل تعارض، قابل اجرا تشخیص داده می‌شود.»^۴

۱-۲-۲. تحلیل رویکرد غیر مستقیم

این شیوه تعیین قانون حاکم با عنوان اجرای غیر مستقیم قواعد حقوقی^۵ نیز شناخته می‌شود (De Grandi, 2022, 43). چرا که اعمال این شیوه، به طور مستقیم منتهی به شناخت قانون ماهوی حاکم بر اختلاف نمی‌شود و در دو مرحله این قانون تعیین می‌گردد؛ داوری مکلف است قواعد حل تعارض را اعمال کند تا پس از

by the conflict of laws rules, which it considers applicable.

1. European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 21 April 1961

2. Article VII (1): The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases, the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.

3. ICC Rules of Conciliation and Arbitration 1975 Art 13 (3): The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict, which he deems appropriate.

4. United Kingdom – Arbitration Act 1996 s 46 (3): “the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable”

5. Indirect application method

آن، قانون کشوری را که بر اساس قواعد حل تعارض تعیین می‌شود اجرا نماید. در این رویکرد احتمال اعمال قواعد حقوقی کشور ثالث وجود دارد که ممکن است ارتباط معناداری با روابط تجاری طرفین و اختلافات قراردادی ایشان نداشته باشد. برای همین است که در نظریات جدید و قوانین روز دنیا از این نظر کمتر استفاده شده است. در واقع این رویکرد قطعی و غیر قابل انعطاف است و دارای اصولی است که داور باید در رای خود ذکر کند قواعد حل تعارض به چه صورت اعمال شده است و منتهی به شناخت چه قانونی گردیده است. رویکرد غیر مستقیم برای اختلافاتی استفاده می‌شود که جنبه حقوقی دارند و در اختلافاتی که واجد وجهه موضوعی است و در خصوص مسائل فنی و تخصصی است، کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۲-۲-۲. مزایای انتخاب رویکرد غیر مستقیم

طرفداران رویکرد غیر مستقیم معتقدند مهم نیست چه قانونی توسط داور انتخاب می‌شود؛ مهم این است تصمیم داور در انتخاب قانون حاکم، موجه، منطقی و مطابق قانون باشد (Jones, op.cit: 915). از یک طرف، انتخاب قانون ماهوی به این شکل باعث می‌شود جریان داوری با درجه قطعیت و قابلیت پیش‌بینی بیشتری ادامه یابد (Ferrari et al., op.cit : 117-118). از طرف دیگر، رویکرد غیر مستقیم مبتنی بر قانون است؛ چرا که برای تعیین قانون ماهوی باید به قواعد حل تعارض رجوع کرد؛ در نتیجه قانونی که انتخاب می‌شود آنستیرال قاطع است و بی‌طرفی داوران نیز در حد قابل قبولی رعایت می‌گردد؛ زیرا سلیقه آن‌ها تأثیری در تعیین قانون ماهوی ندارد و قانون اخیر با قواعد قانونی مشخصی تعیین می‌شود. رویکرد غیر مستقیم که در قانون نمونه آنستیرال استفاده شده، رویکردی محتاطانه است و برای این پیش‌بینی شده که طرفین اختلاف از رعایت قواعد حقوقی اطمینان پیدا کنند و بدانند که چگونه داوران به قانون ماهوی حاکم بر اختلاف رسیده‌اند (Working Group Report, 1983: 97). در نتیجه قطعیت و قابلیت پیش‌بینی قانون حاکم در صورت توجیه انتخاب قانون حاکم توسط داوران (Born, op.cit: 961) و رعایت بی‌طرفی آن‌ها (Conrad et al., 2013: 20). از جمله مهم‌ترین مزایای انتخاب رویکرد غیر مستقیم است.

۲-۳. تحلیل رویکرد حقوق ایران

برابر ماده ۲۷،۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران: «دیوان داوری باید قانونی را که بر اساس قواعد تعارض قوانین مناسب است، اجرا کند».^۱ در واقع، نظام داوری تجاری بین‌المللی ایران برخلاف معمول از رویه کشورهای کامن‌لا پیروی کرده و نظریه غیر مستقیم را پذیرفته است. پیروی از این نظر باعث می‌شود قانون حاکم بر ماهیت داوری‌هایی که تحت شمول این قانون هستند، بر اساس سیستم حل تعارض قانون ایران تعیین شود. علت تغییر نگرش قانون‌گذار ایران در پذیرش نظریه غیر مستقیم را می‌توان تمایل قانون‌گذار برای اجرا و اعمال قواعد حل تعارض ملی به جای قانون مناسب دانست؛ هر چند ممکن است قاعده حل تعارض ایران منتهی به حاکمیت قانون ماهوی کشور ایران نشود، اما حداقل قواعد حل تعارض ایران اجرا شده است. از طرف دیگر، قانون‌گذار ایران نخواسته است انتخاب قانون ماهوی حاکم بر دعوا غیر قابل پیش‌بینی شود. یکی دیگر از دلایل این انتخاب توسط قانون‌گذار ایرانی این است که این مقرره، عیناً از ماده ۲۸،۱ قانون نمونه آنسیترال اقتباس شده است و ترجمه آن است؛ بنابراین قانون‌گذار بدون در نظر گرفتن مبانی و توجه به آثار چنین قاعده‌ای و بررسی انطباق یا عدم انطباق آن با حقوق داخلی، صرفاً برگردان آن را در قانون داوری تجاری بین‌المللی آورده است. همچنین رویکرد فعلی قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران باعث می‌شود قلمرو شمول این قانون کم شود؛ چرا که طرفین قرارداد تلاش می‌کنند با چانه‌زنی در قرارداد، قانون دیگری را حاکم بر قرارداد کنند که به داور اجازه انتخاب قانون مناسب (رویکرد مستقیم) را می‌دهد.

در قواعد داوری مراکز داوری ایرانی، وحدت رویه و هم‌سویی با قانون داوری تجاری بین‌المللی را مشاهده نمی‌کنیم. برابر بند ۲ ماده ۳۱ قواعد داوری ۱۴۰۲ مرکز داوری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران: «در داوری‌های بین‌المللی در صورت عدم تعیین قانون توسط طرفین، داور قانونی که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص می‌دهد را اعمال خواهد کرد». این مرکز مانند قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در قانون ماهوی حاکم بر اختلاف، رویکرد غیر مستقیم مبتنی

1. Iran – Law on International Commercial Arbitration Art 27.2: “the arbitrator shall apply the law which it considers appropriate in accordance with the conflict of laws rules”

بر اعمال قواعد حل تعارض را انتخاب کرده است، اما در بند یک ماده ۳۶ قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران می‌خوانیم: «دیوان داوری باید قانونی را اعمال کند که طرفین آن را به عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف تعیین کرده‌اند. در صورتی که طرفین چنین قانونی را مشخص نکرده باشند، دیوان داوری قانونی را که مناسب تشخیص دهد اعمال می‌نماید». طبق این مقرر، در داوری‌های تجاری بین‌المللی که در مرکز منطقه‌ای تهران حل و فصل می‌شود، در صورت عدم انتخاب طرفین، قانون مناسب حاکم بر ماهیت اختلاف خواهد بود. برابر ماده ۱۰۰ آیین‌نامه تشکیل و فعالیت مرکز داوری اتاق تعاون ایران: «داور پس از ختم رسیدگی با استعانت از خداوند قادر متعال و تکیه بر شرف و وجدان و با توجه به محتویات پرونده باید بر اساس قوانین و مقررات جاری و اصول و قواعد حقوقی حاکم بر ماهیت اختلاف در صورت امکان در همان جلسه انشاء رأی نموده و یا ظرف حداکثر ظرف بیست روز از تاریخ اعلام ختم رسیدگی، انشاء رأی می‌نماید». در این مقرر، هر چند به صراحت از رویکرد مستقیم صحبتی به میان نیامده است، اما به نظر می‌رسد که داور را در انتخاب قواعد حقوقی حاکم بر اختلاف آزاد گذاشته است و این به منزله پذیرش رویکرد مستقیم است؛ ضمن این‌که از قواعد حل تعارض نیز بحثی به میان نیامده است.

هر چند استفاده از رویکرد غیر مستقیم با قواعد حقوقی سازگاری بیشتری دارد و منجر به تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف با قطعیت بیشتری می‌شود، اما پذیرش رویکرد مستقیم باعث می‌شود استقبال از داوری به عنوان یکی از شیوه‌های اصلی جایگزین حل اختلاف بیشتر شود؛ چرا که داور در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلاف آزادی عمل دارد؛ در واقع همان آزادی عمل طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلاف به داور انتقال می‌یابد. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران هم‌سو با سازمان‌های داوری و کشورهای نظام حقوقی رومی ژرمنی رویکرد مستقیم را بپذیرد.

۳. معیارهای انتخاب قانون مناسب یا قاعده حل تعارض

هر یک از معیارها و رویکردهای دوگانه از لحاظ نظری مزایا و معایبی دارد. اجرای هر یک از آن‌ها در عمل مسائل مهمی را به دنبال خواهد داشت. اگر داور در رویکرد مستقیم، قانون مناسب را انتخاب کند، این سوال مطرح می‌شود که چه قانونی

مناسب است یا در رویکرد غیر مستقیم این مسأله و چالش اساسی وجود دارد که از قواعد حل تعارض چه کشوری برای شناخت قانون حاکم می‌توان استفاده کرد. در ادامه نظرات و راه‌حل‌های این دو چالش اساسی بررسی می‌شود و نحوه اجرای رویکردهای مستقیم و غیر مستقیم را در عمل می‌بینیم.

۳-۱. رویکرد مستقیم در عمل

در رویکرد مستقیم، داور بر اساس ماده ۳۵، ۱ قواعد داوری آنسیترال قانون مناسب را انتخاب می‌کند؛ این مسأله مطرح می‌شود که چه قانونی مناسب است؟ در پاسخ به این سوال، چهار راه‌حل ارائه شده است که عبارت است از: قانون مقر داوری، قانون ماهوی محل تجارت معمول طرفین، قانون محل انعقاد عقد و قانون محل اجرای عقد. در انتخاب قانون مناسب، دو نکته حائز اهمیت است: نخست، آزادی داوران در انتخاب قانون مناسب، یک صلاحیت نامحدود نیست، بلکه انتخابی است که باید هم‌سو با توافق طرفین و خواسته‌های آنان از قرارداد باشد (Born, op.cit.: 2644-2645). دومین نکته این است که قانون مناسب ممکن است یک قانون ملی باشد که به قرارداد طرفین ارتباط نزدیکی دارد و به علت پیشرفته بودن، داوران آن را انتخاب کرده اند (Lew et al, op.cit : 73). نیاز به یادآوری است که هیچ یک از راه حل‌های زیر را نمی‌توان به طور قاطع برگزید، بلکه داور پس از احراز قصد مشترک طرفین و توجه به قرارداد، یکی از آن‌ها را برمی‌گزیند.

۳-۱-۱. قانون ماهوی کشور مقر داوری

اعمال قاعده ماهوی کشور مقر داوری^۱ توسط داور، یک راه‌حل ساده و بدون پیچیدگی است. در مورد آیین داوری، قاعده این است که در صورت عدم انتخاب طرفین، قانون مقر داوری بر جریان شکلی اختلاف حکومت کند.^۲ این قاعده را می‌توان در مورد قانون ماهوی نیز اجرا کرد، اما پذیرش این نظر با غیر بومی کردن داوری^۳ و خواست مشترک تلویحی طرفین در تعارض است. اعمال این قاعده از یک

1. The law of the seat of the arbitration

2. Steyn J in Paul Smith v. H&S Holdings Inc., [1992] two Lloyd's Rep. 127 at 130.

۳. غیر بومی کردن داوری یا خروج داوری از حکومت قانون ملی تحت عنوان Delocalization شناخته می‌شود که با بین‌المللی کردن داوری Internationalization متفاوت است؛ اولی به دنبال آزاد کردن داوری از حاکمیت قواعد داخلی است و دومی به دنبال یکنواخت کردن قواعد داوری است.

سو باعث می‌شود داوری وابسته به قوانین یک کشور خاص شود و از سویی دیگر با قصد مشترک طرفین در تعارض است؛ چرا که اگر طرفین می‌خواستند به حاکمیت این قانون تصریح می‌کردند و عدم تصریح ایشان به منزله عدم پذیرش این قانون است (Park, op.cit: 22). در نتیجه این انتخاب به شدت محدود^۱ است و باعث می‌شود داور مقید به قانون مقرر داوری باشد و نتواند قانون دیگری را برگزیند (Lew et al, op.cit: 68; Born, op.cit: 2633). حسن اعمال این قاعده آن است که قانون حاکم بر اختلاف قابل پیش‌بینی است. همچنین یک انتخاب ساده و در دسترس است و اعمال این قاعده با حاکمیت دولت‌ها نیز هم‌سو است و مورد پذیرش دادگاه‌های ملی است. در زمان نظارت دادگاه‌های ملی بر جریان داوری، اعمال قاعده مقرر داوری توسط داور باعث می‌شود دادگاه‌های یاد شده فهم بیشتری از قانون اخیر داشته باشند و با تسلط بیشتری در خصوص موضوع اختلاف و قانون حاکم نظر بدهند؛ چرا که قانون ملی کشور متبوع آن‌هاست. انتخاب قواعد ماهوی مقرر داوری به عنوان قانون مناسب در حال کاهش است، اما همچنان کشورهایی مانند بحرین و مالت از داوران می‌خواهند که قوانین ملی خود را که همان قانون مقرر داوری است اعمال کنند (Winni, op.cit: 204-205).

۲-۱-۳. قانون ماهوی محل تجارت معمول طرفین

محل تجارت معمول طرفین جایی است که فعالیت تجاری آن‌ها به طور مستمر در آن محل انجام می‌شود (Merriam-Webster, 2022). ممکن است گفته شود قانون محل تجارت معمول طرفین، قانون مناسب است، اما این سوال مطرح می‌شود که قانون ماهوی محل تجارت کدام‌یک از طرفین چنین صلاحیتی دارد و اگر طرفین محل‌های تجاری متعددی داشته باشند، محل معمول تجارت آن‌ها، کدام محل است. در زمان اختلاف، تعارض منافع طرفین به اندازه‌ای است که انتخاب یک قانون ماهوی امکان‌پذیر نیست. اگر داور قانون ماهوی محل تجارت متعهد یا متعهدله را انتخاب کند، هیچ یک با قصد طرفین سازگاری ندارد؛ چرا که هیچ ترجیحی بین طرفین قرارداد وجود ندارد و هر یک حقوق و تعهداتی را به عهده دارند. به نظر می‌رسد انتخاب قانون ماهوی محل تجارت معمول یکی از طرفین می‌تواند به عنوان

1. Limited direct choice

یک راه‌حل در زمان انعقاد قرارداد باشد؛ به عبارت دیگر، در زمان انعقاد قرارداد، طرفین می‌توانند توافق کنند که قانون ماهوی محل تجارت متعهد یا متعهدله حاکم بر ماهیت اختلاف آن‌ها باشد. این راه‌حل برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در فرض سکوت طرفین مناسب نیست.

۳-۱-۳. قانون ماهوی کشور محل انعقاد عقد

محل انعقاد عقد جایی است که آخرین جزء تراضی در آن‌جا به وقوع پیوسته است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۷۱). اگر قانون ماهوی کشوری که عقد در آنجا منعقد شده است را به عنوان قانون مناسب انتخاب کنیم، دو مزیت دارد: نخست این‌که، در بسیاری موارد محل انعقاد عقد مشخص است؛ و دوم آن‌که، این قانون با قصد طرفین منطبق است؛ چرا که بنا به یک قاعده پذیرفته شده، تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است. این قاعده در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران نیز منعکس شده است. برابر این ماده: «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». انتخاب قانون ماهوی کشور محل انعقاد عقد با دکتترین غیر بومی یا غیر محلی کردن داور در تعارض است و باعث می‌شود قانون ملی کشور محل وقوع عقد حاکم بر اختلاف باشد.

۳-۱-۴. قانون ماهوی کشور محل اجرای تعهدات قراردادی

محل اجرای عقد جایی است که تعهدات قراردادی متعهد باید در آن محل اجرا شود. ممکن است داوران قانون کشور محل اجرای عقد را قانون مناسب بدانند؛ چرا که در این محل است که اختلافات ایجاد می‌شود و طرفین نیاز به قانون حاکم پیدا می‌کنند. در فرضی که اختلاف طرفین در خصوص ایفای تعهدات قراردادی است، اعمال قانون محل اجرای قرارداد در زمان اجرای رأی داور باعث می‌شود اجرای رأی با سرعت و سهولت بیشتری انجام شود؛ چرا که رأی صادره با مقررات داخلی کشور محل ایفای عقد منطبق است. از این جهات است که قانون کشور محل انعقاد عقد، قانون مناسب تلقی می‌شود.

۲-۳. رویکرد غیر مستقیم در عمل

در رویکرد غیر مستقیم داور باید طبق ماده (۲) ۲۸ قانون نمونه آنستیرال، قانون ماهوی کشوری را اعمال کند که بر اساس قواعد حل تعارض صالح شناخته می‌شود؛ به این صورت که داور پس از اعمال قاعده حل تعارض، قانون حاکم بر اختلاف را مشخص می‌کند. قاعده حل تعارض یا قواعد تعارض قوانین قواعدی هستند که تنها به تعیین قانونی که باید بر موضوع معینی حکومت نماید اکتفا می‌کند و مسأله مطروحه را به طور مستقیم حل نمی‌کند (الماسی، ۱۴۰۰: ۱۶). در مقابل قاعده حل تعارض، قاعده ماهوی یا مادی قرار می‌گیرد که عبارت است از قواعدی که مربوط به اصل دعوی بوده و مستقیماً مسأله متنازع‌فیه را حل می‌کند؛ بدون این که برای رفع اختلاف و حل دعوی به قانون دیگری ارجاع دهند (همان: ۱۷). در رویکرد غیر مستقیم، وظیفه داوران انتخاب قاعده حل تعارض است و این مسأله مطرح می‌شود قاعده حل تعارض چه کشوری باید انتخاب شود؟ در پاسخ به این سوال، چهار راهکار پیشنهاد شده است: اعمال قواعد حل تعارض کشور مقر داوری، استفاده از قواعد حل تعارض کشوری که بیشترین یا نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد را دارد، اعمال قاعده حل تعارض اقامتگاه طرفی که عملکرد مشخصی در قرارداد دارد و معیار ترکیبی. هر یک از این چهار راهکار را در ادامه بررسی می‌کنیم.

۱-۲-۳. اجرای قواعد حل تعارض مقر داوری^۱

از لحاظ تاریخی، بسیاری از دیوان‌های داوری از قواعد و سیستم حل تعارض کشور مقر داوری استفاده می‌کنند و پس از آن، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف را مشخص می‌نمایند. توصیف به موجب قانون مقر دادگاه با در نظر گرفتن استثنائات آن از قواعد پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل خصوصی است (همان: ۸۰). انتخاب قواعد حل تعارض کشور مقر داوری به علت این است که داوری نهادی شبه قضایی است؛ در نتیجه همان طور که محاکم دولتی قواعد حل تعارض کشور مقر دادگاه را اجرا می‌کنند، داوران نیز قواعد حل تعارض کشور مقر داوری را اعمال می‌نمایند (Born, op.cit: 2629). رویه عملی دادگاه‌های ملی به داوری تجاری بین‌المللی نیز نفوذ کرد و باعث شد داوران قاعده حل تعارض کشور مقر داوری را انتخاب کنند. سهولت

1. Conflict of laws rules of the seat of the arbitration

انتخاب قاعده حل تعارض مقر داوری باعث نمی‌شود مشکلات و چالش‌هایی که این انتخاب دارد فراموش شود. یکی از مهم‌ترین دلایلی که امروز از این نظر کمتر استفاده می‌شود این است که مقر داوری اساساً ارتباطی با اختلاف ندارد یا دارای کمترین ارتباط با آن است. عموماً مقر داوری با توجه به مقتضیات موضوع و خصوصاً رعایت بی‌طرفی انتخاب می‌شود و حتی ممکن است ارتباطی با طرفین، قرارداد و اختلاف ایشان نداشته باشد و حتی با قصد آن‌ها در تعارض باشد. در یکی از آراء قدیمی اتاق بازرگانی بین‌المللی این‌گونه آمده است: «مناسب است که قانون مقر داوری را حذف کنیم؛ چرا که ارتباط آن با پرونده به شدت ضعیف است».^۱ نویسندگان حقوقی نیز بر این موضوع تأکید کرده و گفته‌اند که عدم تمایل به استفاده از قانون حل تعارض کشور مقر داوری در راستای غیر محلی و غیر بومی کردن داوری و خروج آن از قواعد داخلی کشورها مطلوب است (Lando, 1998: 234). استفاده از این قاعده باعث می‌شود آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم از بین برود و آن‌ها مقید به قاعده حل تعارض کشور مقر داوری باشند. اجرا و اعمال قواعد حل تعارض مقر داور بر دو فرض نادرست استوار شده است. بر اساس فرض نخست، دیوان داوری به مانند دادگاه دولتی باید قوانین ملی مقر خود را رعایت کنند. این فرض درست نیست؛ چرا که اساساً ارجاع امر به داور بر اساس اصل آزادی اراده و عدم تمایل مراجعه به دادگاه‌های ملی بوده است. طبق فرض نادرست دوم، قواعد حل تعارض ملی نه تنها برای داوری‌های داخلی، بلکه باید برای داوری‌های تجاری بین‌المللی اعمال شود. چنین فرضی هم نادرست است؛ به علت دخالت یک رکن بین‌المللی، داوری تجاری بین‌المللی با داوری داخلی متفاوت است و اساساً هدف داوری تجاری بین‌المللی رها شدن از قید و بندهای قوانین داخلی کشورهاست. قطعی و قابل پیش‌بینی بودن قانون حاکم (Greenberg et al., 2004: 279) و قابلیت اجرای این قانون در کشور مقر داوری از جمله مزایای اعمال این روش محسوب می‌شود. مخالفان این نظر معتقدند که انتخاب این قانون با قصد واقعی طرفین در تضاد است؛ چرا که ممکن است هیچ ارتباط مشخصی بین قاعده حل تعارض کشور مقر داوری و قرارداد اصلی وجود نداشته باشد. از طرف دیگر ممکن است انتخاب مقر داوری تصادفی باشد و

1. Award in ICC Case n 1422 101 JDI (Clunet). 844 (1974), Born, op.cit, p 1287.

صرفاً بر اساس مصالحی مانند دوری یا نزدیکی طرفین یا داوران انتخاب شده باشد؛ بنابراین نمی‌تواند مبنای انتخاب قانون حاکم قرار گیرد (Lew et al. op.cit: 52). همچنین این نظریه با غیر بومی کردن داوری ناسازگار است؛ بر اساس این نظریه، دیوان داوری نباید به هیچ کشوری وابسته باشد و تحت تاثیر آن قرار گیرد (Ferrari et al., op.cit.: 90).

۲-۳. معیار بیشترین^۱ یا نزدیک‌ترین ارتباط^۲

بر اساس این معیار، داوران قوانین حل تعارض کشوری را انتخاب می‌کنند که بیشترین یا نزدیک‌ترین ارتباط را با اختلاف دارد (Fouchard et al.op.cit: 143). استفاده از این معیار، با قصد ضمنی طرفین سازگاری بیشتری دارد؛ چرا که اوضاع و احوال و قصد مشترک طرفین قرارداد بر این استوار است که قاعده حل تعارض کشوری انتخاب شود که مرتبط با قرارداد باشد. استفاده از قاعده حل تعارض کشوری که بیشترین یا نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد را دارد، از اصول پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل خصوصی است. استفاده از این روش باعث می‌شود مناسب‌ترین قاعده حل تعارض برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف تعیین شود که ارتباط نزدیکی با قرارداد دارد. در این نظر، دیوان داوری وظیفه دارد بر اساس عناصر مرتبط با قرارداد و شرایط و اوضاع و احوالی که طرفین عقد را بر مبنای آن منعقد کرده‌اند، قاعده حل تعارض را انتخاب کند. معیار نزدیک‌ترین ارتباط در رویکرد مستقیم نیز وجود دارد، اما در نظریه اخیر منجر به شناخت قانون ماهوی به طور مستقیم می‌شود؛ لیکن در رویکرد غیر مستقیم صرفاً قاعده حل تعارض را تعیین می‌کند؛ بدون این‌که به طور مستقیم در حل و فصل اختلاف نقش داشته باشد. اگر بر اساس موافقت‌نامه داوری یا قانون ملی، داور ملزم به استفاده از قواعد حل تعارض کشوری باشد که بیشترین ارتباط را با قرارداد داشته باشد، این راه حل اختیار گسترده‌ای برای داور در انتخاب قاعده حل تعارض ایجاد می‌کند. این کشور می‌تواند کشوری باشد که محل انعقاد یا اجرای قرارداد است. انتخاب این روش باعث عدم قطعیت انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوا در داوری تجاری بین‌المللی می‌شود و یک وظیفه دشوار و مهم به عهده

1. Conflict of laws rules of State most closely connected to the dispute

2. Closest connection test

داور است (Mukhopadhyay, 2013: 122).

۳-۲-۳. معیار ترکیبی^۱

از معیار ترکیبی به طور گسترده در داوری تجاری بین‌المللی استفاده می‌شود. در این شیوه برای تعیین قاعده حل تعارض از تمامی سیستم‌های حقوقی که با اختلاف مرتبط هستند، استفاده می‌شود. در این شیوه، تمامی عناصر ارتباط با اختلاف بررسی می‌شود و تمامی قواعد کشورهای درگیر در دعوا مشخص می‌گردد و سپس قواعد کشوری که بیشتری ارتباط با قرارداد دارد، به عنوان قاعده حل تعارض انتخاب می‌شود (Fouchard et al., op.cit: 872). برای نمونه، در پرونده شماره ۷۳۱۹ اتاق بازرگانی بین‌المللی^۲، داور واحد قواعد حل تعارض دو کشور فرانسه و ایرلند را انتخاب کرد. قواعد این دو کشور، ارتباط مستقیمی با اختلاف بین طرفین داشت و هر دوی قوانین، منتهی به انتخاب قانون ماهوی کشور ایرلند به عنوان قانون حاکم بر اختلاف شد. در معیار ترکیبی در بیشتر مواقع با «تعارض کاذب»^۳ قوانین مواجه هستیم که بر اساس آن هیچ‌گونه تعارضی بین قوانین کشورهای درگیر در اختلاف وجود ندارد و قواعد حل تعارض تمامی سیستم‌های حقوقی درگیر در اختلاف، قانون ملی یک کشور خاص را صالح به رسیدگی می‌دانند (Born, op.cit: 2649).

۴. انتخاب محدود در مقابل انتخاب نامحدود

یکی دیگر از چالش‌های اساسی داوران در تعیین قانون حاکم در فرضی که طرفین نسبت به آن سکوت کرده‌اند این است که در انتخاب قاعده حل تعارض یا قانون مناسب، داوران مقید به قوانین ملی هستند یا می‌توانند قواعد حقوقی فراملی و بین‌المللی را نیز اجرا کنند. انتخاب قواعد حقوقی فراملی و بین‌المللی در هر دو رویکرد، اختیار عمل بیشتری را به داوران می‌دهد؛ چرا که این مقررات گسترده‌اند و انتخاب داوران از میان این قواعد با سهولت بیشتری انجام می‌شود. در این حالت داوران مقید به قانون خاصی نیستند و بین مقررات بین‌المللی یا حتی عرف‌های تجاری به عنوان یک قاعده حقوقی می‌توانند انتخاب کنند (Working Group Report, op.cit: 110-111). پذیرش این نظر با دکترین غیر بومی یا غیر محلی

1. Cumulative method

2. ICC Case No. 7319, Yearbook Commercial Arbitration (1999), p. 145.

3. False conflict

کردن داوری نیز مطابقت دارد که بر اساس آن طرفین اختلاف و داور در انتخاب قانون حاکم بر داوری از استقلال بیشتری برخوردار هستند و می‌توانند مستقل از نظام‌های ملی و محلی، قانون حاکم را انتخاب کنند. باید در نظر داشت که اصطلاح قواعد حقوقی^۱ شامل اصول کلی حقوقی، عرف‌های تجاری و اصول منعکس در کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌شود (Blessing, 1997: 55). برخی معتقدند انتخاب قانون مناسب ماهوی در رویکرد مستقیم، صرفاً باید از بین مقررات قانونی کشورها انتخاب شود و داوران نمی‌توانند از قواعد حقوقی در انتخاب مستقیم استفاده کنند، اما در رویکرد غیر مستقیم، قاعده حل تعارض برای انتخاب قواعد ماهوی می‌تواند یک قاعده پذیرفته شده حقوقی یا یک عرف تجاری مسلم باشد. این عقیده را باید رد کرد و گفت در هر دو رویکرد، امکان انتخاب اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی، قواعد حقوقی و مقررات کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی به جای قوانین ملی وجود دارد. اگر طرفین بر اساس اصل آزادی قراردادی می‌توانند در قرارداد داوری هر قانون یا قاعده حقوقی را حاکم بر ماهیت اختلاف خود کنند، داوران نیز باید از چنین اختیاری برخوردار باشد و در نتیجه در رویکرد مستقیم و غیر مستقیم در تعیین قانون مناسب یا قاعده ماهوی، به هر قانون یا قاعده حقوقی‌ای اعم از ملی یا فراملی استناد کنند. مهم این است که انتخاب داوران شفاف باشد و مشخص شود که بر چه مبنایی انجام شده است (Working Group Report, op.cit: 91)؛ بنابراین اگر داوران در انتخاب قانون ماهوی، قاعده‌ای بین‌المللی را انتخاب کنند، با آزادی عمل داوران که از آزادی طرفین نشأت می‌گیرد منطبق است. انتخاب قوانین بین‌المللی مناسب باعث تقویت جنبه‌های بین‌المللی داوری می‌شود و هم‌سو با نظریه غیر بومی شدن داوری و عدم تبعیت از قوانین ملی کشورهاست.^۲ البته انتخاب این قانون با جنبه‌های بین‌المللی باعث می‌شود نتایج غیر قابل پیش‌بینی ایجاد شود و قانونی حاکم بر اختلاف شود که مطلوب طرفین نیست و ممکن است شناختی از آن نداشته باشند (Ferrari et al., op.cit: 89). به نظر می‌رسد داوران در انتخاب چنین قانونی در صورتی مجازند که طرفین چنین مجوزی به آن‌ها داده باشند؛ این مجوز می‌تواند صریح یا ضمنی باشد

1. Rules of law

2. Internationalising or delocalising effects of arbitration

و از اوضاع و احوال حاکم بر قضیه مورد اختلاف برآید؛ در غیر این صورت داوران نمی‌توانند قانون مناسب را از بین قواعد بین‌المللی انتخاب کنند (Born, op.cit : 2663). برخی از سازمان‌های داوری با هدف غیر محلی و غیر بومی کردن داوری، قواعد بین‌المللی را اجرا می‌کنند. این روش در داوری‌های موردی و داوری‌هایی که حداقل یکی از طرفین آن دولتی باشد، اعمال نمی‌شود؛ چرا که دولت‌ها اصرار دارند قوانین دولتی خود را به اجرا بگذارند؛ طرفین در داوری‌های موردی تمایل دارند قوانین ملی کشورها که قطعیت بیشتری دارد اجرا شود. اجرای قوانین ملی کشورها باعث می‌شود در زمان اجرای رای داور، دادگاه‌های ملی با سهولت بیشتری نسبت به شناسایی و اجرای رای داور اقدام کنند. ویژگی مهم قواعد بین‌المللی این است که ارتباطی با قواعد ملی ندارد و فراملی است. قواعد حل تعارض بین‌المللی می‌تواند اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی نیز باشد. در این روش داور باید در جست‌وجوی اصول پذیرفته شده رایج در نظام‌های حقوقی باشد (Fouchard et al., op.cit : 873). از جمله این مقررات بین‌المللی می‌توان به کنوانسیون رُم و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اشاره کرد. هر چند استفاده از این قواعد هنوز مرسوم نیست، اما با توجه به وحدت حقوق خصوصی، استفاده از این قواعد در آینده دور از ذهن نیست. انتخاب قواعد حل تعارض بین‌المللی مانند قواعدی که در کنوانسیون رم آمده است این حُسن را دارد که با اهداف داوری بین‌المللی سازگار است؛ چرا که هدف این نوع داوری، توجه به مقررات بین‌المللی و تصمیم بر اساس آن است. از طرف دیگر باعث می‌شود قانون ماهوی حاکم، قانونی بی‌طرف، کارا، قابل پیش‌بینی و قابل اجرا باشد (Born, op.cit : 2650)، اما این عیب مهم را نیز دارد که اجماع جهانی برای پذیرش آن وجود ندارد و به‌رغم تلاش‌هایی که صورت گرفته، وحدت جهانی ایجاد نشده است و هنوز اختلافات عمیقی در مقررات حل تعارض بین‌المللی وجود دارد (Born, op.cit : 2650; Lew et al. op.cit : 66; Greenberg et al. op.cit : 57). به نظر می‌رسد که اگر بخواهیم رای داور به صورت واقع‌بینانه و معقول^۱ صادر شود، باید به داوران این اختیار را بدهیم که به صورت نامحدود قانونی را انتخاب کنند که نزدیک‌ترین ارتباط را با اختلاف دارد. در این صورت همان آزادی‌ای که طرفین

1. Objectively and reasonably

قرارداد در انتخاب قانون حاکم دارند به داوران داده ایم (Working Group Report, op.cit : 95). در هر حال، آنچه که داوران انتخاب می‌کنند باید قطعی و مسلم باشد و معیارهایی که برای انتخاب قانون حاکم در نظر گرفته می‌شود، در گردشکار رای داور منعکس شود (Waincymer, op.cit : 995-996).

برآمد

۱- تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در صورت عدم انتخاب آن از سوی اصحاب دعوا، یک مسأله چند وجهی با آثار قانونی، عملی و حتی روانی متعدد است که بر جریان دآوری تأثیر به سزایی دارد؛ چرا که این قانون به طور مستقل قدرت اجرایی دارد و در نتیجه دعوی مطروحه کاملاً موثر است. تعیین این قانون باعث می‌شود یکی از طرفین بر اساس آن ذی نفع شناخته شود و طرف دیگر محق نباشد. عدم قطعیت و غیر قابل پیش‌بینی بودن قانون ماهوی حاکم در صورت عدم انتخاب طرفین اختلاف، از چالش‌های اساسی انتخاب قانون مذکور است که با اهداف دآوری تجاری بین‌المللی مانند شفافیت مسیر دآوری و مشخص بودن حقوق و تکالیف اصحاب دعوا سازگار نیست.

۲- برای قاعده‌مند کردن تصمیم داوران و دوری از هر گونه شائبه جانبداری، در وهله نخست دو معیار اساسی برای داوران پیش‌بینی شده است: انتخاب مستقیم قانون ماهوی از طرق انتخاب قانون مناسب و انتخاب غیر مستقیم با بررسی قواعد حل تعارض. در انتخاب مستقیم این چالش اساسی وجود دارد که چه قانونی حاکم بر اختلاف است؛ قانونی با نزدیک‌ترین ارتباط یا قانون مقرر دآوری یا سایر قوانین مرتبط؟ اگر داوران معیار غیر مستقیم را برگزینند، این مسأله مطرح می‌شود که قواعد حل تعارض چه کشوری باید اجرا شود. چالش بعدی این است که داوران مقید به قوانین ملی کشورها هستند یا می‌توانند از قواعد حقوقی یا مقررات بین‌المللی یا فراملی استفاده کنند.

۳- بررسی قوانین دآوری کشورهای پیشرفته در زمینه دآوری و سازمان‌های دآوری نشان می‌دهد که آن‌ها در قوانین خود، یکی از دو راه حل انتخاب مستقیم یا غیر مستقیم را برگزیده‌اند؛ بدون آن که در مورد انتخاب قوانین فراملی یا بین‌المللی در مقابل انتخاب قوانین ملی از یک سو و انتخاب محدود یا نامحدود حاوی حکمی باشند. به نظر می‌رسد که داوران در انتخاب قانون حاکم بر اختلاف از آزادی عمل گسترده‌ای برخوردار هستند؛ چرا که طرفین این آزادی عمل را دارند و قوانین کشورها اصل حاکمیت اراده طرفین را پذیرفته است؛ بنابراین داوران همان اختیاری را دارند که طرفین قرارداد در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلاف دارا هستند. در نتیجه، آن‌ها

در انتخاب رویکرد مستقیم یا غیر مستقیم در مرحله اول و در انتخاب قواعد ملی یا بین‌المللی یا حتی عرف‌های تجاری و اصول حقوق بین‌الملل خصوصی در مرتبه دوم آزاد هستند؛ اما انتخاب آن‌ها باید موجه و منطقی و بر اساس منطق حقوقی صورت گیرد و استدلال آن‌ها در انتخاب قانون حاکم در زمان صدور رأی ذکر شود؛ این انتخاب نباید باعث کندی روند داوری شود و نیز با خواست طرفین و قصد مشترک آن‌ها و انتظارات ایشان از قرارداد و ارجاع اختلافات به داوری باید هم‌سو باشد.

۴- در حقوق فعلی ایران، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف بر اساس بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی تعیین می‌شود. بر اساس این بند از ماده یاد شده، داور باید قواعد حل تعارض را اعمال کند تا منتهی به شناخت قانون ماهوی حاکم بر اختلاف شود. به همین علت، حقوق ایران به خلاف معمول، شیوه‌کشی‌های کامن‌لا در مورد انتخاب این راه حل برگزیده شده است. کشورهایی که این شیوه را برگزیده‌اند، تمایل دارند به نحوی قواعد خود را حاکم بر داوری کنند؛ در حالی که انتخاب این شیوه توسط قانون ایران، لزوماً منتهی به حاکمیت قوانین ماهوی ایران نمی‌شود و لازم است با نیازهای روز دنیا، این رویکرد با قبول حاکمیت اراده تغییر کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * جنیدی، لعیان (۱۳۷۶)، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، چاپ نخست، تهران: دادگستر.
- * جوهر، سعید (۱۴۰۱)، داوری تجاری بین‌المللی، تهران: جاودانه.
- * خدابخشی، عبدالله (۱۴۰۳)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ پانزدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۸)، داوری تجاری بین‌المللی، تهران: سمت.
- * صفایی، حسین (۱۳۷۲)، «تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی»، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره پیاپی ۱۱۴۲.
- * علی‌دادی ده‌کهنه، علی و جوهری، ابوذر (۱۴۰۳)، حقوق داوری کاربردی همراه با رویه قضایی ایران و بررسی مقررات آنسیترال، چاپ هفتم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد نخست، چاپ دوازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * الماسی، نجادعلی (۱۴۰۰)، تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- * مافی، همایون (۱۳۹۷)، شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی، چاپ دوم، تهران: جنگل.

ب. انگلیسی و فرانسوی

- * Abdulhay, S (2004). **Corruption in International Trade and Commercial Arbitration**, London: United Kingdom: Kluwer Law International.
- * Annalisa De Grandi, Laurent Posocco, Patrick Posocco, **Droit commercial**, Ellipses, 2022.
- * Ansari, J.A (2014). **Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis** (ISSN: 1553-9865). <<http://www.sciencepub.net/research->

er> accessed 12 August, 2015.

* Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M (2015). **Redfern and Hunter on international arbitration** (Sixth edition.). Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.

* Blessing, M (1997). **Choice of Substantive Law in International Arbitration**, 14 (2). J. INT'L ARB. 39.

* Born, G (2020). **International commercial arbitration** (Third edition.). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.

* Chenoy, C (2018). **Theory of Delocalization in International Commercial Arbitration**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3521053> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3521053>.

* Conrad, N, Münch, P, Black-Branch, J, (2013). **International commercial arbitration: standard clauses and forms: commentary**, Basel, Switzerland: Helbing Lichtenhahn.

* De Boissésou M., Madesclair J., Fouchard C., **Le droit français de l'arbitrage**, 2023, Lextenso.

* Ferrari F, Silberman, L (2010). **Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong**, 7 (26). REVISTA BRASILEIRA DE ARBITRAGEM 73.

* Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., & Savage, J (1999). **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Hague ; Boston: Kluwer Law International.

* Greenberg, A. J., Yanowitz, J. L., & Schedl, P (2004). The Drosophila GAGA Factor is required for Dosage Compensation in Males and for the Formation of the Male-Specific-Lethal Complex Chromatin Entry Site at 12DE. *Genetics*, 166 (1).

- * Jones, D (2014). **Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties**, Singapore Academy of Law Journal 26.
- * Karton, J (2009). **Party Autonomy and Choice of Law: Is International Arbitration Leading the Way or Marching to the Beat of its Own Drummer?** (November 19, 2009). University of New Brunswick Law Journal, 2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1509764> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1509764>.
- * Lando, O (1998). **Dacey & Morris, the Conflict of Laws: A Review**. International and Comparative Law Quarterly, 47 (2).
- * Lew, Mistelis, L. A., & Kröll, S (2003). **Comparative International Commercial Arbitration** / by Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll. Kluwer Law International.
- * Louis Vogel, **Du droit commercial au droit économique**, 2021, LGDJ, 21e edition.
- * Ma, W, (2015). **The Law Applicable to the Substance of Arbitral Disputes: Arbitrators' Choice in Absence of Parties' Choice** (November 30, 2015). Contemporary Asia Arbitration Journal, Vol. 8, No. 2.
- * Mistelis, B, George A. Bermann and Loukas A (2011). **Mandatory Rules in International Arbitration**, New York: Juris Publishing.
- * Morris & Collins, (2010). **The Conflict of Laws**, London: Sweet & Maxwell, 14th Ed, Vol. 2.
- * Mukhopadhyay, R (2013). **The Possible Conflict of Law Rules Employed in International Commercial Arbitration to Discern the Governing Law: An Analysis**, Indian Journal of Arbitration Law 2, 110

- * Park, William W (2008). **Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma** (January 1, 2008). Two Dispute Res. Int'l 84.
- * Petche, MA, (2010). **International Commercial Arbitration and the Transformation of Conflict of Laws Theory**, Michigan State Journal of international law.
- * Philip Ray, Ph, (2016). **Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration**, (3rd revised ed.), by Klaus Peter Berger, Arbitration International, Volume 32.
- * Schmalz, G, (2015). **Arbitration in Germany – The Model Law in Practice**, 2nd edition, § 1051 ZPO.
- * Schwartz EA, Derains, Y (2005). **Guide to the ICC Rules of Arbitration**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2nd edition.
- * Shackelford, E (2006), **Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration**, vol. 67 University of Pittsburgh Law Review 897.
- * Waincymer, J. M (2012). **Procedure and Evidence in International Arbitration** (First Ed.). Kluwer Law International.
- * Wilson Odoe, L O, **“Party Autonomy and Enforceability of Arbitration Agreements and Award as the Basis of Arbitration”** (January 2014). Thesis Submitted for the Degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester 48; Michael Pryles, “Limits of Party Autonomy in Arbitral Procedure”.
- * Working Group Report II, Rep. of the **Working Grp. on Int'l Contract Practices on the Work of Its 6th Sess.**, Aug. 29–Sept. 9, 1983, U.N. Doc. A/CN.9/245 (Sept. 22, 1983).

* Wortmann, B (1998). **Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System**, Arbitration International, Volume 14, Issue 2.