

A Comparative Study of the Nature of Arbitration in Western Law, Iranian Law, and *Imāmiyya Fiqh*

Hosein Hooshmand Firouz'abadi¹

Received: 11/12/2021; Accepted: 27/08/2022

Abstract

Determining the exact nature of arbitration affects the scope of the applicable law on arbitration, the legal status of the international arbitrator, and the exercise of its independence in any national legal system in which the arbitrator operates. In response to the question of the legal nature of arbitration, several theories had been proposed in Western law. Among the theories focused on resolving the conflict between the field of public law and private law, some have given priority to the field of public law (judicial nature and the nature of privilege) and some to the field of private law (contractual nature). Yet, others have tried to reconcile between the two fields (hybrid or mixed nature). Among the theories that acknowledge the evolution of arbitration in the arena of world trade, some have highlighted the independence and transnational nature of arbitration (autonomous or self-governing nature), and some recent theories have focused on multiple sources of arbitration, including national and supranational ones (the nature of legal pluralism). Considering the lack of international arbitration in the past and the prevalence of arbitration only domestically and within the territory of a government, it can be stated that although the words of Imami jurists (the *Fuqaha*) appear to adopt a judicial nature for consolidation and arbitration, a closer examination of the jurisprudential (or *fiqhi*) expressions shows that in their opinion, the combined nature (judicial-contractual) rules over arbitration. Recruiting a descriptive-analytical method, the study revealed that the hybrid nature represents the precise legal and jurisprudential nature including domestic and international arbitration law.

Key words: Nature of Arbitration, Contractual Theory, Mixed or Hybrid Theory, Concession Theory, Jurisdictional Theory, Autonomous Theory, Theory of Legal Pluralism.





پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مطالعه تطبیقی ماییت داورى در حقوق غرب؛ حقوق ایران و فقه امامیه

حسین هوشمند فیروز آبادی^۱

تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۹/۲۰ - تاریخ پذیرش ۱۴۰۱/۰۶/۰۵

چکیده

تعیین دقیق ماهیت داورى بر گستره و دامنه قوانین قابل اجرا در امر داورى و وضعیت حقوقى داور بین‌المللى و اعمال استقلال او در هر سیستم حقوقى ملی که داور در آن عمل می‌کند، مؤثر است. در پاسخ به پرسش از ماهیت حقوقى داورى تاکنون نظریات متعددی در حقوق غرب مطرح شده است. از میان نظریات متمرکز بر حل تعارض میان عرصه حقوق عمومى و حقوق خصوصى، برخی اولویت را بر عرصه حقوق عمومى (ماهیت قضایى و ماهیت امتیاز) و برخی بر عرصه حقوق خصوصى (ماهیت قراردادى) داده‌اند و برخی درصدد آشتی میان این دو عرصه بر آمده‌اند. (ماهیت ترکیبى) از میان نظریات پذیرنده تحولات داورى در عرصه تجارت جهانی نیز برخی بر استقلال و فراملى بودن داورى تأکید داشته (ماهیت مستقل یا خودگردان) و برخی نظریات جدیدتر بر منابع متعدد داورى اعم از ملی و فراملى نظر دارند. (ماهیت کثرت‌گرایی حقوقى) با توجه به فقدان داورى بین‌المللى در گذشته و رواج داورى صرفاً بصورت داخلى و در قلمرو یک حکومت، گرچه ظاهر اقوال فقهای امامیه اتخاذ ماهیت قضایى برای تحکیم و داورى است اما نگاه دقیق تر به عبارات فقهى نشان می‌دهد که از نظر ایشان ماهیت ترکیبى (قضایى-قراردادى) بر داورى حکمرانى می‌کند. این مقاله با روش توصیفى-تحلیلى؛ ماهیت ترکیبى را ماهیت دقیق حقوقى و فقهى در عرصه حقوق داورى داخلى و بین‌المللى قلمداد می‌نماید.

واژگان کلیدی: ماهیت داورى، نظریه قراردادى، نظریه ترکیبى، نظریه قضایى، نظریه مستقل، نظریه کثرت‌گرایی حقوقى.





مقدمه

بحث از ماهیت حقوقی داوری^۱ در واقع بحث در خصوص منبع و سرمنشأ اختیارات، قدرتها و مصونیت‌های پروسه داوری و شخص داور یا داوران است. اینکه داوران اختیار خود را برای ارائه یک تصمیم الزام‌آور برای طرفین اختلاف از کجا کسب می‌کنند و منبع حقوق و تعهدات داوران از کجاست در واقع به مسئله کلی تری تحت عنوان ماهیت داوری باز می‌گردد. (fan, 2021: 2)

پیرامون ماهیت‌های حقوقی داوری نظریات متفاوتی ابراز گردیده که می‌توان آنها را بصورت کلی در دو دسته و با دو معیار اصلی تقسیم بندی نمود. دسته نخست نظریاتی که متمرکز بر تعارض‌ها و تضادهای حوزه حقوق عمومی و حاکمیتی از حوزه حقوق خصوصی هستند و تعارض‌های فی مابین این دو عرصه را منعکس می‌کنند و دسته دیگر (عمده نظریات جدیدتر) متمرکز بر جایگاه داوری در عرصه تجارت بین‌الملل و پذیرش فزاینده استفاده از داوری به عنوان روشی جهت حل اختلاف می‌باشند. از میان نظریات مربوط به ماهیت، تئوری‌های قضایی، قراردادی، ترکیبی و امتیاز در گروه اول و نظریات مستقل (خودمختار) و کثرت‌گرایی حقوقی در دسته دوم جای می‌گیرند.

به عبارت دیگر می‌توان این نظریات را بدین شکل تقسیم بندی نمود که برخی به منشاء قدرت و اختیار داور یا داوران توجه و تمرکز دارند و به این سوال که داوران اختیار خود را برای ارائه یک تصمیم الزام‌آور برای طرفین اختلاف از کجا کسب می‌کنند و منبع حقوق و تعهدات داوران از کجاست؟ پاسخ می‌دهند (نظریات قراردادی، قضائی، ترکیبی و امتیاز در این دسته جای می‌گیرند) و برخی بر روند کنترل و روند گسترش داوری متمرکز هستند و بر سر پیوند داوری بین‌المللی با جامعه جهانی و موجودیت یافتن بیشتر این جایگاه

1 The legal nature of arbitration





در عرصه جهانی به بحث می‌پردازند. (نظریه خودمختار و کثرت گرایی حقوقی) با این حال باید دانست براساس تحقیقات صورت گرفته در سطح جهانی در دکتین حقوقی دیدگاه واحدی در خصوص این نظریه‌ها وجود ندارد.

نظریات مختلف فکری در خصوص ماهیت حقوقی داوری را می‌توان در شش نظریه زیر خلاصه کرد:

- (۱) نظریه قضایی
- (۲) نظریه قراردادی
- (۳) نظریه ترکیبی (مختلط)
- (۴) نظریه مستقل
- (۵) نظریه کثرت گرایی حقوقی
- (۶) نظریه امتیاز

گرچه تاکنون پژوهشهای درخور تحسینی در خصوص ماهیت حقوقی داوری صورت پذیرفته است (مافی، تقی پور، ۱۳۹۶: ۱۷۷-۲۰۵؛ شمس، بطحائی، ۱۳۹۴: ۱-۳۰) اما مقاله پیش رو از جهت بررسی نظریات مدرن تری مانند نظریه امتیاز و کثرت گرایی حقوقی در حقوق غرب و نیز از جهت تطبیق نظریات غربی با فقه امامیه سعی در پیشبرد این بحث دارد.

در این مقاله ضمن تبیین و نقد نظریات مختلف موجود در دکتین حقوقی کشورهای پیشتاز در عرصه داوری و نیز دکتین حقوقی ایران پیرامون ماهیت حقوقی داوری، به مقایسه برخی از این نظریات با نظریات مشابه فقهی مطرح شده در خصوص ماهیت داوری می‌پردازیم و آنها را مورد ارزیابی قرار می‌دهیم و قبل از هرچیز به ثمره تعیین ماهیت حقوقی داوری می‌پردازیم.

۱. ثمره تعیین ماهیت

به گفته اندیشمندان، شناسایی ماهیت حقوقی داوری کلید شناسایی معیارهای قانونی و غیر قانونی موجود برای داوران در اختلافات تجاری بین‌المللی را در اختیار دارد و هر





نظریه حقوقی بر وضعیت حقوقی داور بین‌المللی و اعمال استقلال او در هر سیستم حقوقی ملی که داور در آن عمل می‌کند، تاثیر می‌گذارد (Onyema, 2010: 32) و این تفاوت دیدگاهها درخصوص مبنای نظری داور و ماهیت و مشروعیت فرآیند داور، مهم هستند زیرا ماهیتی که برای داور تجاری بین‌المللی انتخاب می‌گردد بر چگونگی تعیین گستره و دامنه قوانین قابل اجرا در داور تاثیر می‌گذارد. (Lynch, 2003: 65)

نمره تعیین ماهیت از جهتی به انتخاب قانون حاکم بر اختلاف طرفین باز می‌گردد از طرف دیگر به بحث اجرا و شناسایی باز می‌گردد و نیز بر موقعیت داوران و امکان عزل آنها یا کنار گذاشتن رأی آنها موثر می‌باشد.

توضیح اینکه اگر ماهیت داور قراردادی باشد قرارداد ثانویه میان داور و طرفین اختلاف مبتنی بر قرارداد ابتدایی میان طرفین اختلاف است و داور نمی‌تواند بدون قرارداد ابتدایی رسیدگی داور را آغاز کند. (Sammartano, 1990: 115-116)

همچنین داور در صورت پذیرش ماهیت قراردادی برای داور وکیل و نماینده طرفین محسوب می‌شود و لذا نظریه شبه قضایی بودن داور و مشابه دانستن نقش داور با قاضی منتفی می‌گردد. رأی داور خصلت الزام آوری را صرفاً میان طرفین اختلاف خواهد داشت و اگر طرفی که محکوم شده آن را نپذیرد براساس قرارداد حاوی پذیرش داور می‌توان وی را ملزم به اجرا نمود. (Belohlavek, 2011: 19)

در صورتی که ماهیت قضایی برای داور پذیرفته شود؛ داور در واقع نماینده حاکمیت و دولت محسوب می‌شود و طرفین صرفاً و تنها در مرحله انتخاب وی نقش بازی می‌کنند و پس از آن اقتدار و اختیار داور از قدرت حاکمیت اخذ می‌شود و نه از قرارداد فی مابین طرفین اختلاف. قابلیت اجرای آرای داور مبتنی بر قرارداد و توافق طرفین اختلاف نیست بلکه منشأ آن قدرت نظام حقوقی و حاکمیتی است که پشتوانه اجرای آرای داور می‌باشد. همچنین پذیرش ماهیت قضایی اگر طرفین قانونی را حاکم بر قرارداد نکرده باشند داور موظف است قانون محل داور را حاکم قرار دهد. (Yu, 2008: 263)

با اتخاذ نظریه مختلط یا ترکیبی رابطه داور با طرفین ماهیت قراردادی خواهد داشت و توافق طرفین منجر به اختیار داور یا داوران می‌گردد اما برخلاف ماهیت قراردادی اختیار





داوران مشروط به بررسی دقیق قواعد آمره قانون محل داوری و نظم عمومی دولت اجرا کننده رأی داور می‌باشد. در واقع ماهیت رأی داور نیمه قضایی و نیمه قراردادی می‌باشد و در خصوص قانون حاکم اگر طرفین توافق صریحی نداشته باشند قانون محل داوری به عنوان قانون حاکم بر داوری اعمال می‌گردد.

همانگونه که گذشت در سطح جهانی در دکتین حقوقی، دیدگاه واحدی در خصوص ماهیت داوری وجود ندارد و کشورهای مختلف دیدگاههای متفاوتی را اتخاذ نموده‌اند. در کشورهایی که برای داوری ماهیت قضایی قائل هستند زمانی که داور مرتکب اعمالی مانند اخذ رشوه یا نقض عمدی مقررات شود آن را جرم تلقی کرده و ضمانت اجرایی کیفری برای آن قرار داده‌اند اما اگر ماهیت داوری قراردادی باشد صرفاً مسئولیت مدنی در پی خواهد داشت. در نظام‌هایی که قواعد داوری را به تازگی تدوین کرده‌اند یا مردم اقبال چندانی به آن ندارند یا در صورت مراجعه به داوری نیز، به مقررات رسمی همانند رسیدگی‌های قضایی چشم دارند ضمانت اجرای جزایی و ماهیت قضایی ترجیح دارد اما در کشورهایی که قواعد داوری ریشه دار تر است قواعد متعدد مدنی، اخلاقی و حرفه ای برای داوری در نظر می‌گیرند بدون اینکه نیاز به اعمال ضمانت اجرای کیفری تشخیص دهند. (رک: خدابخشی، ۱۳۹۷: ۱۰۸-۱۰۶)

۲. ماهیت داوری در حقوق غرب

در این قسمت ابتدا نظریات متمرکز بر تقابل عرصه حقوق عمومی و حقوق خصوصی و سپس نظریات متمرکز بر روند رو به رشد داوری تجاری بین‌المللی مورد تبیین و تحلیل قرار می‌گیرند.

۲-۱. نظریات متمرکز بر تقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی

این نظریات عمدتاً منعکس کننده ترجیح جانب حقوق عمومی بر خصوصی و یا بالعکس و یا آشتی میان این دو عرصه مطرح گردیده‌اند:





۲-۱-۱. نظریه ماهیت قضایی^۱

نظریه قضایی با تأکید بر اهمیت قدرت‌های نظارتی دولت‌ها، به ویژه قدرت‌های داوری گرچه منشأ داوری را توافق طرفین می‌داند اما معتقد است که اعتبار توافقنامه‌های داوری و روش‌های داوری باید توسط قوانین ملی تنظیم شود و اعتبار رای داوری باید توسط قوانین ملی و قوانین کشوری که در آن به رسمیت شناختن یا اجرای رأی رسیدگی می‌شود، تعیین شود. (Yu, 2008: 258) در واقع داور یک فصل خصومت با ویژگی عمومی و قضایی انجام می‌دهد و این کارکردی است که یک دولت با سعه صدر وظیفه خود را به او واگذار نموده و اجازه آن را داده است. (Triva, 2000: 116-125)

نظریه قضایی بر این واقعیت تأکید می‌کند که ارجاعات مراجع داوری (بین‌المللی) نمی‌توانند در خلاء بوده و به منطقه خاصی مرتبط نباشد و بدون اجازه یک دولت خاص صورت گیرند و لازم است تابع قانون یک دولت خاص برای شناسایی باشند که این اجازه دولت مستقل مسائلی مانند حق طرفین اختلاف برای انتخاب داوری درخصوص موضوع قابل داوری و مراحل رسیدگی مرجع داوری را پوشش می‌دهد. (Onyema, 2010: 33) این نظریه تأکید دارد که شناسایی و همچنین اجرای رای داور، نیازمند حمایت دادگاه ملی است و به ویژه اگر به طور داوطلبانه توسط طرفین اجرا نشود، اجرای آن تنها با حمایت دادگاه‌های ملی امکان پذیر است. (Synkova, 2013: 34-35)

طرفداران نظریه قضایی بر این باورند که داوران شبیه قضات دادگاه‌های ملی هستند زیرا قدرتشان از دولت‌ها گرفته می‌شود و رای صادره از سوی داوران دارای همان جایگاه و تاثیری است که قاضی در یک دادگاه ملی دارد. (Yu, 2008: 258) در نتیجه ترجیح این نظریه منجر به مصونیت داوران می‌شود چراکه با داوران اغلب همانند قضات رفتار می‌شود. تنها تفاوت قاضی و داور در این است که یک قاضی هم انتصاب و هم قدرت خود را مستقیماً از حاکمیت می‌گیرد در حالی که یک داور قدرت خود را از حاکمیت می‌گیرد اما انتصابش توسط طرفین اختلاف صورت می‌پذیرد. (Fan, 2021: 4) در نتیجه داوران به





عنوان عاملین یک عملکرد عمومی در نظر گرفته می‌شوند و دارای یک وضعیت شبه قضایی هستند که به آن‌ها حق مصونیت قضات عادی را می‌دهد و با آنها همانند قضات رفتار می‌شود و این شأن شبه قضائی به دیوان داوری اختیار رسیدگی حتی در غیاب یکی از طرفین را می‌دهد. (لیو و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۰۰)

طرفداران نظریه قضایی اهمیت ویژه‌ای به قانون محل داوری می‌دهند و تمایل به محدود کردن استقلال طرفین دارند چراکه مراجعه آنها به داوری تنها تا حدی است که صراحتاً یا ضمناً قانون محل داوری آن را مجاز شمارد. به عنوان مثال در دکترین حقوق اروپایی یکی از حقوق دانان به نام دکتر مان بر اهمیت قوانین کشورهای مرتبط با یک داوری، به ویژه قانون محلی که داوری در آن رخ می‌دهد تاکید دارد. (Mann, 1986: 248) ایشان معتقد است: «همانطور که برخلاف عنوان مشتبه حقوق بین الملل خصوصی در واقع هر سیستم حقوق بین الملل خصوصی یک سیستم حقوق ملی است، هر داوری نیز یک داوری ملی است یا به عبارتی تابع سیستم خاصی از حقوق ملی است و قانون داوری نمی‌تواند قانون هیچ کشوری به جز قانون کشور محل داوری باشد و هیچ عملی از جانب طرفین نمی‌تواند واجد اثر باشد مگر با مجوز سیستم قانونی حاکم نسبت به نتیجه رأی صادر شده» (Mann, 1976: p159-160)

استدلال دکتر مان بر این مبنا استوار است که هر دولت مقتدر حق دارد فعالیت‌های انجام‌شده در قلمرو خود را تایید یا رد کند. در نتیجه، هر داوری تابع قانونی است که در حیطه آن صورت می‌گیرد.

روی گود نیز ضمن حمایت از این نظریه معتقد است با وجود احترام این نظریه به حاکمیت اراده طرفین اما هیچ قراردادی بدون قانون وجود ندارد. (Good, 2001: 19)

هنگ - لین یو تئوری قضایی را به صورت زیر خلاصه می‌کند: «اگر چه نظریه قضایی این ایده را رد نمی‌کند که داوری منشأ خود را در توافقنامه داوری طرفین دارد، اما معتقد است که اعتبار توافقنامه‌های داوری و روش‌های داوری باید توسط قوانین ملی تنظیم شود و اعتبار رای داوری توسط قوانین محل و کشوری که به دنبال شناسایی و اجرای حکم است تعیین می‌شود.» (Yu, 2004: 180)



به عبارت دیگر مطابق دیدگاه طرفداران این نظریه، در کنار سایر مسائل مرتبط با داوری بین‌المللی، قدرت داوران باید تابع قوانین اجباری و سیاست عمومی قانون محل داوری باشد و الا ممکن است دادگاه محل داوری رای را کنار بگذارد و یا شناسایی یا اجرای این آراء می‌تواند توسط دادگاه کشور محل اجرای رأی رد گردد. (Fan, 2021: 4, Onyema, 2010: 34)

نظریه قضایی بیشتر از نظریه تفویض و نمایندگی از جانب دولت پیروی می‌کند بدین دلیل که داوران افرادی هستند که سیستم قانونی اجازه می‌دهد تا عملکردی را اجرا کنند که در اصل متعلق به دولت و حاکمیت است والا رأیی که داور می‌دهد بدلیل فقدان این اختیار ممکن است توسط دادگاه‌های ملی به چالش کشیده شود و یا حتی باطل گردد. (Fan, 2021: 4)

نظارت دادگاه‌های ملی در کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک نیز مورد تأیید قرار گرفته است. به عنوان مثال، مطابق با ماده (۵) این کنوانسیون، در صورت فقدان انتخاب قانون حاکم بصورت صریح، اعتبار توافقنامه‌های داوری، رای داوری، ترکیب هیأت داوری و همچنین روش‌های داوری باید مطابق با قانون کشوری که داوری در آن صورت می‌گیرد، تصمیم‌گیری شود.

در رابطه با قدرت‌های نظارتی بر روند داوری، داوران تنها می‌توانند با اختلاف به اندازه‌ای برخورد کنند که قانونی که طرفین در معرض آن قرار می‌گیرند، اجازه دهد و به هیچ وجه نمی‌تواند قواعد الزام‌آور و مقررات امری قانون ملی را نقض کند. در صورت فقدان قانون حاکم منتخب طرفین بصورت صریح، موضوع داوری توسط قانون محل وقوع داوری کنترل خواهد شد. (Yu, 2008: 259)

علاوه بر همه اینها مطابق نظریه صلاحیت قضایی، دادگاه‌های کشوری که به دنبال شناسایی یا اجرای حکم در آن هستند نیز دارای قدرت نظارتی بر مساله قابلیت داوری در مرحله شناسایی یا اجرای حکم هستند. مطابق بند (۲) از ماده (۵) قانون آمریکا اگر دادگاه تشخیص دهد که موضوع اختلاف قابلیت حل و فصل از طریق داوری را تحت قانون آن





کشور ندارد و یا اینکه شناسایی و اجرای رای بر خلاف سیاست عمومی آن کشور باشد؛ اختیار دارد از شناسایی یا اجرای رأی داور امتناع کند. (Yu, 2008: 260)

منتقدین به این تئوری معتقدند این نظریه توجه کافی به حاکمیت اراده طرفین و قرارداد آنها ندارد (Synkova, 2013:48-49) و رویه داوری بین‌المللی در این دوران مدرن به طور کامل با نظریه صلاحیت قضایی تناسب ندارد چراکه طرفینی که داوری را برای حل و فصل اختلافات خود انتخاب می‌کنند باید اجازه داشته باشند که با حاکم گرداندن اراده شان یک قرارداد داوری براساس روابط حقوقی مشخص یا معامله ای اساسی را مدنظر داشته باشند. (Onyema, 2010: 33-34)

به عبارت دیگر طرفین یک قرارداد داوری ممکن است از طریق آن قرارداد و برای حل و فصل اختلاف فی مابین، صلاحیت دادگاهها را جایجا نمایند و نمی توان بدون در نظر داشتن نقش طرفین در قرارداد داوری صرفاً بر ماهیت قضائی پای فشرده. (Synkova, 2013:48-49)

انتقاد دیگری که بر این نظریه وارد گردیده این است که امروزه در رویه داوری بین‌المللی پذیرفته شده است که طرفین مناقشه مکان خاصی را به عنوان مقر داوری خود انتخاب نمی‌کنند که این امر یا بدلیل قوانین داوری آن مکان خاص است و یا بدلیل اینکه ممکن است این مکان در میان چندین عامل رقیب در انتخاب مکان داوری، کم‌ترین توجه را به خود جلب کند ضمن اینکه جایگاه قضایی داوری می‌تواند حتی پس از شروع رسیدگی به داوری تغییر کند و داوری‌ها و جلسات داوری را می‌توان در مکان‌ها یا مکان‌های مختلف و یا حتی به صورت مجازی برگزار کرد، که همه این موارد براساس توافق طرفین و داور خواهد بود. (Onyema, 2010: 35-36)

تضعیف این نظریه در برخی تصمیمات اتخاذ شده‌اند در سالهای اخیر نیز مشهود است. تصمیماتی که اهمیت فرضی قانون محل داوری را به عنوان حامی ارتباط مستمر نظریه قضایی از بین می‌برد. به عنوان مثال در قضیه معروف به هیلمارتونف، دادگاه‌های فرانسه رأیی را اجرا کردند که در محل داوری بدلیل بی‌توجهی به مفاد ماده (۵) بند (۱) قسمت e کنوانسیون نیویورک کنار گذاشته شده بود چراکه در قانون فرانسه که در آن به دنبال



اجرای رأی بودیم، هیچ معادلی برای ماده ۵ کنوانسیون نیویورک وجود ندارد و دادگاه فرانسه ماده هفتم کنوانسیون نیویورک را برای اعمال رژیم مطلوب تر اعمال کرد. (Onyema, 2010: 35)

در مجموع به نظر می رسد هرچند این نظریه در داوری های داخلی ماهیت داوری را تا حدی توجیه می کند است اما با توجه به گسترش داوری های بین المللی و مشخص نشدن قانون یک دولت خاص از جانب طرفین اختلاف و نیز با توجه به نقش طرفین اختلاف در شروع توافق برای داوری (ماهیت قراردادی) این نظریه را نمی توان بصورت مطلق پذیرفت.

۲-۱-۲. نظریه ماهیت قراردادی^۱

مطابق این تئوری منشأ قدرت داور، از قصد و نیت مشترک طرفین اختلاف گرفته شده است و علاوه بر منشأ وجودی می توان گفت منشأ استمرار داوری هم بر توافق و قرارداد ابتدایی طرفین اختلاف استوار است. (Born, 2014: 214)

طرفداران این نظریه سیطره یا کنترل دولت بر داوری را نفی می کنند و عقیده دارند بن مایه و جوهر داوری این است که با اراده و رضایت طرفین ایجاد می شود و پایه و مبنای واقعی این نظریه ریشه در این واقعیت دارد که کل فرآیند داوری بر ترتیبات قراردادی استوار است و ریشه هر داوری یک قرارداد است و طرفین توافق می کنند اختلافات خود را به داوری وانهند و دولت نفوذ یا کنترلی بر این تصمیم ندارد و اگر هم طرفین داوطلبانه حکم را اجرا نکردند می توان آن را مانند یک قرارداد به اجرا درآورد. (لیو و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۰۱)

از دیدگاه طرفداران این نظریه اگرچه دادرسی های داوری و توافقات داوری می توانند تحت تاثیر قوانین ملی مربوطه قرار گیرند و این واقعیت انکارناپذیر است اما این گروه استدلال می کنند که داوری بدین دلیل که براساس توافقنامه طرفین است دارای ماهیت قراردادی می گردد و توافقنامه داوری بین طرفین به عنوان قراردادی در نظر گرفته





می‌شود که به صراحت تمایل طرفین را به حل اختلافات خود با استفاده از داوری تجاری بین‌المللی بیان می‌کند. این نوع قرارداد داوطلبانه بین طرفین ایجاد می‌شود و به آن‌ها اجازه می‌دهد تا زمان و مکان داوری را تعیین کنند، داوران را انتخاب کنند و قوانین حاکم بر موضوعات رویه‌ای و ماهوی را انتخاب کنند. (Yu, 2008: 265)

این نظریه قدرت قضائی داور را نفی نمی‌کند بلکه بر این باور است که با توجه به ماهیت قراردادی داوری، اعطای قدرت قضایی به داوران صرفاً توسط طرفین خصوصی انجام می‌شود. (Born, 2014: 214)

از طرفداران این دیدگاه میتوان کالر را نام برد که معتقد است: «داوری کاملاً داوطلبانه است. قراردادی که شرط داوری بخشی از آن است یک توافق داوطلبانه است و هیچ قانونی طرفین را ملزم به عقد قرارداد نمی‌کند و به یک طرف قدرت تحمیل آن را به طرف دیگر نمی‌دهد. هنگامی که چنین توافقنامه داوری بخشی از قرارداد اصلی باشد، طرفین به طور داوطلبانه از حقوق ایجاد شده به نفع آنچه که فکر می‌کنند مزیت بیشتر داوری است چشم‌پوشی می‌کنند. بر این اساس، به استثنای قابلیت داشتن اختلاف برای داوری و بحث عدم مغایرت با سیاست‌های عمومی که برای قانون ملی محفوظ است، قانون ملی تأثیر بسیار کمی بر روند و نتیجه داوری دارد. علاوه بر این، نتیجه گرفته شده است که قوانین داوری ملی تنها برای تکمیل و پر کردن خلا در توافقنامه طرفین در خصوص رسیدگی به داوری و فراهم آوردن شرایطی است که قادر به تنظیم رفتار داوری باشد» (Kellor, quoted in Lew, 1978: 55)

همچنین مرلین و فولیکس بر این باورند که داور پس از قبول انتصاب، نماینده طرفین اختلاف می‌شود. طرفین اختلاف، به عنوان رئیس، به داور اجازه می‌دهند تا از طرف آن‌ها در حل و فصل اختلافات خود رای دهد. بنابراین، این رأی، قراردادی است که در دادگاه‌ها قابل اجرا است، نه به عنوان یک حکم، بلکه به عنوان یک قرارداد اجرا نشده بین طرفین اختلاف. (Merlin & Foelix, quoted in Lew, 1978: 71)





علاوه بر این، نتیجه گرفته شده است که "قوانین داوری ملی تنها برای تکمیل و پر کردن خلا در توافقنامه طرفین در خصوص رسیدگی به داوری و فراهم کردن شرایطی است که قادر به تنظیم رفتار داوری باشد (Yu, 2008: 266)".

کتاب فوچارد، گیلارد و گلدمن این نظریه را به عنوان «قدرت داور برای حل و فصل اختلاف بر اساس قصد مشترک طرفین آن اختلاف استوار است» مطرح می کند. (Fouchard & Gaillard & Goldman, 1999: 29)

مهمترین استدلال این گروه این است که دولت هیچ ارتباطی با جریان داوری بین المللی انجام شده در قلمرو خود ندارد. تشکیل دیوان داوری، جلسات داوری و روند رسیدگی در داوری همگی مطابق با توافقنامه داوری بین طرفین اختلاف است و داوری با صدور رأی پایان می پذیرد و به صورت داوطلبانه توسط طرفین اختلاف به عنوان یک قرارداد میان آنها رعایت می شود. بنابراین، این رأی یک قرارداد است زیرا از توافقنامه داوری اصلی بین طرفین اختلاف (که آن نیز یک قرارداد است) ناشی می شود. (Onyema, 2010: 36)

قراردادگرایان عقیده دارند که قرارداد داوری طرفین را ملزم به اجرای توافقنامه داوری میان آنها بدون تاثیر یا کنترل قدرت دولت می کند و اصل آزادی قراردادی و اصل استقلال طرفین، به عنوان هسته اصلی چگونگی تنظیم داوری در نظر گرفته می شوند. (Fan, 2021: 4) این گروه با رد اهمیت قانون ملی استدلال می کنند که داوری براساس توافق بین طرفین است و هر گونه ارتباط قوی بین دادرسی های داوری و قانون محلی که داوری در آن صورت می گیرد را انکار می کنند. این گروه بر این باورند که طرفین برای تصمیم گیری در مورد مسائل مربوط به روش های داوری آزادی دارند و این آزادی نباید به طور کلی توسط قدرت های هر دولتی دخالت داده شود. (Yu, 2008: 265)

ادعا شده است که در بیشتر حوزه های قضایی، مکانیزم داوری تجاری بین المللی به طور غیرقابل انکاری براساس نظریه قراردادی طراحی شده است چراکه دادگاهها تمایل و خواسته تجار برای برخورداری از انعطاف پذیری بیشتر و برخورداری از روش غیر رسمی حل و فصل اختلاف را درک کرده اند فلذا دادگاهها تمایل به پیروی از نظریه قراردادی و





تفسیر رابطه بین طرفین و داوران به عنوان یک قرارداد دارند و به عنوان مثال با در نظر گرفتن رابطه بین طرفین و داوران، نظریه قراردادی در بیشتر حوزه‌های قضایی غالب است. (Yu, 2008: 267)

با این حال نظریه قراردادی داوری گاهی به دلیل تأکید بیش از حد بر توافق طرفین مورد انتقاد قرار می‌گیرد. این تمرکز بیش از حد مهم تلقی می‌شود و در نتیجه مانع از دیدن واقعیت داوری و زمینه آن می‌شود. این همان چیزی است که لینچ بیان می‌کند که نظریه قراردادی «زمینه نظام‌های حقوقی ملی را که داوری تجاری بین‌المللی در آن گنجانده شده است نادیده می‌گیرد». حداقل، صلاحیت دادگاه داوری و عادلانه بودن رسیدگی. این انتقاد از نظریه قراردادی بیشتر در میان طرفداران نظریه قضایی یافت می‌شود. (Lynch, 2003: 67)

در نقد این نظریه گفته شده است که نتایج به دست آمده تحت نظریه قراردادی دور از دسترس هستند و به اندازه کافی مکان داوری (بین‌المللی) را به عنوان یک مکانیزم حل اختلاف در هر نظام حقوقی منعکس نمی‌کنند. این صحیح است که بگوییم داوری مبتنی بر وفاق طرفین و ریشه در رضایت طرفین اختلاف دارد و داوری تجاری بین‌المللی به وضوح موجود قراردادی است اما این امر را باید مدنظر داشت که با این حال، به همان اندازه روشن است که میزان دخالت قضایی یک دولت در رسیدگی های داوری بین‌المللی مرتبط با آن، مستقیماً به درک پذیرش داوری بین‌المللی توسط دولت مربوط می‌شود. (Lynch, 2003: 67)

دو نمونه شناخته شده که این برداشت را نشان می‌دهند، نگرش دادگاه‌ها در پاکستان و انگلستان است. در حال حاضر تصور می‌شود که دادگاه‌های پاکستان در رابطه با دیوان‌های داوری بین‌المللی مربوط به آن، بسیار مداخله‌جویانه عمل می‌کنند، در حالی که تصور می‌شود که دادگاه‌های انگلستان از استقلال این دیوان‌های داوری بسیار حمایت می‌کنند. بنابراین دولت‌ها هنوز هم در طرح مسائل در داوری بین‌المللی، به ویژه جایگاه داوری و جایگاه اجرای رای نهایی بسیار مرتبط هستند. (Onyema, 2010: 37)





علاوه بر موارد فوق، این یک واقعیت مسلم است که داور در جلسات داوری بین‌المللی در هیچ نقطه‌ای از زمان به نماینده طرفین اختلاف تبدیل نمی‌شود. داور براساس توانایی خود با طرفین منازعه برای ارائه خدمات خاص به آن‌ها به صورت مشترک قرارداد می‌بندد و برخی اختیارات و تعهدات ناشی از توافق داوری بین طرفین و برخی دیگر متأثر از قوانین و مقررات و تعهدات ناشی از قانون مکان داوری می‌باشد که داور ملزم به پذیرش و موافقت و مطابقت با مقررات اجباری شناخته‌شده و اصول سیاست‌های عمومی منبعث از قانون محل داوری می‌باشد و گرچه طرفین اختلاف می‌توانند تحت حاکمیت قانون شخصی اختیار داشته باشند تا وارد یک مساله داوری شوند اما این اختیار باید توسط یک دولت اعطا و تنفیذ شود. (Onyema, 2010: 37-38)

به هر حال درخصوص این تئوری به نظر می‌رسد اولاً بدلیل برخورداری رأی داور از اعتبار امر مختومه؛ ثانیاً بدلیل امکان اجرای رأی صادر توسط داور؛ ثالثاً بدلیل عدم امکان انصراف شخص محکوم علیه از داوری پس از صدور رأی و نهایتاً با توجه به شأنت داشتن و همطراز بودن رأی داور در کنار رأی قاضی؛ نمی‌توان ماهیت قراردادی را جز در مرحله شروع و تأسیس داوری توجیه کننده ماهیت پروسه و مجموع عملیات داوری از ابتدا تا انتها قلمداد کنیم.

۲-۱-۳. نظریه ماهیت ترکیبی (مختلط)^۱

گرچه نظریه قضایی و نظریه قراردادی هر دو حمایت قابل توجهی در دو سوی طیف داوری دارند با این حال، برای برخی از حقوقدانان، نه نظریه حوزه قضایی و نه نظریه قراردادی، توضیحی رضایت‌بخش و منطقی از چارچوب مدرن داوری تجاری بین‌المللی فراهم نمی‌کنند و این گروه با طرح نظریه ترکیبی متقاعد شده‌اند که عملیات کامل داوری تجاری بین‌المللی هم متکی بر صلاحیت قضایی و هم مبتنی بر عناصر قراردادی است. در واقع، نظریه ترکیبی، یک نظریه مصالحه است که بین نظریه قراردادی و نظریه حوزه قضایی ترکیب شده است. (Yu, 2008: 274) نظریه ترکیبی این دیدگاه را اتخاذ می‌کند که





نهاد داوری هر چند بر آزادی اراده طرفین مبتنی است اما فارغ از نظارت و تنظیم دولت نیست و در واقع یک هم کوشی میان اراده طرفین و دولت است (Gaillard, 2012: 35-51) این نظریه به خوبی ارتباط میان داوری را با مکانی که دادگاه در آن قرارداد تسهیل می کند و به همین دلیل ادعای تسلط بر سراسر جهان را دارد. (لیو و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۰۳) با توجه به نظریه مختلط یا ترکیبی، هر داوری منشأ خود را از یک قرارداد خصوصی می گیرد و قدرت داوران از توافق طرفین گرفته شده است تا اختلافات موجود یا آتی خود را به داوری واگذار کنند و در اصل، نقش داوران به عنوان قضات خصوصی از توافق طرفین نشأت می گیرد اما با این وجود طرفین تشخیص می دهند که باید یک چارچوب نظارتی وجود داشته باشد که وضعیت قانونی و اثربخشی داوری را در یک محیط حقوقی ملی و بین المللی کنترل کند. (Fan, 2021: 6)

نظریه ترکیبی توسط پروفیسور سورویل مطرح گردیده و توسط پروفیسور سازر هال توسعه داده شد. مطابق این تئوری نظر به اینکه داوری تجاری بین المللی مکانیزمی با شخصیت دوگانه است از یک سو عنصر قراردادی در داوری با این استدلال منعکس می شود که داوری منشأ خود را در یک قرارداد خصوصی دارد، که در آن طرفین قدرت انتخاب داوران و قوانین حاکم بر رویه های داوری و مسائل اساسی را دارند و از سوی دیگر، او با نظریه صلاحیت قضایی موافق بود که یک داوری باید در رژیم های حقوقی ملی به منظور تعیین قدرت طرفین، اعتبار توافقنامه داوری و قابل اجرا بودن آراء انجام شود. (Yu, 2008: 258, Fan, 2021:7)

مطابق این دیدگاه داوری بین المللی ترکیبی است که با یک توافق خصوصی آغاز می گردد و این فرآیند خصوصی دارای یک اثر عمومی است که با حمایت مقامات دولتی اجرا می شود و از طریق قانون ملی بیان می شود. این رابطه متقابل بین حقوق ملی و معاهدات و کنوانسیون های بین المللی برای عملکرد موثر داوری بین المللی از اهمیت حیاتی برخوردار است. (Fan, 2021: 7)

با توجه به این نظریه، قرارداد داوری به داوران قدرت ارائه خدمات به طرفین را می دهد و یک عملکرد قضایی را بوجود می آورد، اما همچنین تابع قوانین ملی است که بر استقلال





طرفین تاثیر می‌گذارد. (Fan, 2021: 4) بنابراین، اگر طرفین قادر به توافق بر سر شخص داور نباشند یا اگر اشخاص ثالث از تسلیم شواهد به طور داوطلبانه به دیوان داوری امتناع کنند، دادرسی داوری به حالت تعلیق در خواهد آمد و در این موارد نقش دولت خود را بروز خواهد داد و علاوه بر قرارداد طرفین، سیستم قضائی به کمک داوری خواهد آمد و ماهیت ترکیبی را رقم می‌زند.

این نظریه نیز خالی از انتقاد نمانده است و گفته شده هرچند نظریه ترکیبی ایرادات نظریه قراردادی را تشخیص می‌دهد و حل می‌کند اما با این حال در تحلیل به بررسی نقش سازمان داوری و تاثیر آن‌ها بر ماهیت قضایی داوری نمی‌پردازد. چراکه حضور یک سازمان داوری در حوزه داوری بین‌المللی، ارجاع داوری بین‌المللی را کاملاً مستقل یا حداقل نیمه‌مستقل و کم ارجاع یا بدون ارجاع به قوانین یا دادگاه‌های محل داوری می‌سازد و این رخداد در عرصه تجارت بین‌الملل استدلال‌های ارائه شده توسط طرفداران نظریه مختلط را تحت تاثیر قرار می‌دهد. (Onyema, 2010: 39)

به هر حال به نظر می‌رسد این نظریه توانسته است تا حدی انتقادات وارده بر هریک از نظریات سابق را رفع نموده و با حلج برخی معضلات داوری را توسعه دهد و آنگونه که در ادامه خواهد آمد گامی بسوی استقلال داوری بردارد.

۲-۱-۴. نظریه حق امتیاز^۱

نظریه امتیاز توسط استوکس^۲ برای توضیح ظهور یک همکاری مدرن به عنوان یک نهاد حقوقی با شخصیت حقوقی کامل مطرح گردید و هانگ‌لین یو^۳ و اریک سوزیر^۴ این نظریه را برای تبیین ماهیت حقوقی داوری بین‌المللی به کار برده‌اند. (Yu & Sauzier, 2000 : 114)

طرفداران نظریه امتیاز، پایه و اساس داوری بین‌المللی را براساس توافقنامه داوری می‌پذیرند اما آن‌ها یک دیدگاه تاریخی از داوری اتخاذ می‌کنند که در آن ارتباط مستمر

1 The concession theory

2 Stokes

3 Hong- Lin Yu

4 Eric Sauzier





دولت‌ها را به عنوان واحدهای سرزمینی با اقتدار عالی، بر آنچه درون یا در ارتباط با قلمرو آنها اتفاق می‌افتد، در نظر می‌گیرند. استدلال نظریه پردازان امتیاز این است که از نظر تاریخی، داوری یک رابطه قراردادی بین طرفین مناقشه و داوران است که یا تحت مقررات قانونی قرار نداشته‌اند و یا تحت مقررات قانونی ضعیفی بوده‌اند. سپس دولت مداخله کرد تا رویه داوری را با وضع قوانین مختلف تنظیم کند و این قوانین "امتیازات" مختلفی را در برداشتند که توسط دولت به طرفین اختلاف و داوران و مکانیزم داوری برای توسعه داوری داده شده است. (Onyema, 2010: 41)

نظریه پردازان تئوری امتیاز، استدلال می‌کنند که در داوری بین‌المللی امتیاز متقابل دولت‌های مختلف وجود دارد که با امضای کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی مختلف مربوط به داوری مشهود است و این امتیاز می‌تواند به تعدادی از سازمان‌ها داده شود و یک دولت می‌تواند بخشی از قدرت خود را برای اعطای حق به طرفین، به داور، به کشور محل داوری یا حتی به کشور دیگر واگذار کند. (Yu & Sauzier, 2000 : 120)

در این نظریه مصونیت داوری در داوری بین‌المللی به عنوان "اعمال امتیاز" توضیح داده می‌شود و بیشتر کشورها به داوران تحت قوانین ملی خود مصونیت اعطا می‌کنند و این مصونیت داوری امتیازی است که با امتیاز متقابل دولت‌ها اعطاء می‌شود. (Yu & Sauzier, 2000 : 120-121)

نقطه عزیمت و افتراق این نظریه با نظریه قضایی این واقعیت است که قانون حاکم لزوماً قانون مکان یا مقر داوری نیست که با داوری مرتبط است بلکه به مفهوم اعمال قدرت‌های حاکمیتی است. چراکه نادیده گرفتن مقررات کشور درخصوص قابلیت داوری یک موضوع، ممکن است رأی حاصل را غیرقابل اجرا کند.

این نکته بسیار مهم است که توجه شود اگر قانون و دادگاه‌های یک کشور مورد استناد قرار نگرفتند به این معنی نیست که آنها وجود ندارند و صرف‌نظر از اینکه به قانون یا دادگاه یک کشور خاص استناد بشود یا نشود دیوان داوری به الزامات ناشی از نظم و سیاست عمومی مقر داوری توجه خواهد کرد و آن را رعایت خواهد کرد در غیر این





صورت آن کشور زمینه‌ای را برای کنار گذاشتن رای داوری و اثرات آن بر روی تعهد قانونی برای ارائه یک رای قابل اجرا، پیدا می‌کند. (Onyema, 2010: 43)

طرفداران نظریه امتیاز، آن را از نظریه نمایندگی که در آن دولت با انحصار در اجرای عدالت، برخی از اختیارات خود را به داوران محول می‌کند، متمایز می‌کنند و ادعا می‌کنند دخالت دولت در نهاد داوری حمایتی است و این حمایت در اختیار طرفین اختلاف یا داوران در هر زمانی (قبل، در طول و بعد از داوری) می‌باشد و بدین ترتیب آن را از نظریه ترکیبی متمایز می‌کنند. از نظر این گروه دخالت دولت در پس‌زمینه و صرفاً حمایتی می‌باشد و به هیچ وجه مداخله‌ای نیست. (Onyema, 2010: 42)

برخی نویسندگان اذعان داشته‌اند که این نظریه ممکن است به دلیل مداخله بیش از حد یا امتیاز دولت مورد انتقاد قرار گیرد چرا که دولت‌ها هنوز آخرین اقتدار خود را از طریق اجرای قواعد سیاست عمومی و قوانین اجباری خود در داوری بین‌المللی حفظ می‌کنند. نظریه پردازان تئوری امتیاز در پاسخ اعلام می‌کنند که امتیاز مطلق توسط دولت‌ها، به دلیل نیاز هر دولت به حفاظت از مفاهیم سیاست عمومی و استفاده از قوانین اجباری، عملی نخواهد شد. نظریه‌پردازان امتیاز همچنین نقش موسسات داوری را در مراجع داوری بین‌المللی بررسی کرده‌اند و نتیجه گرفته‌اند که حتی در این مراجع، دادگاه‌ها و قوانین دولت‌ها (نه لزوماً یک دولت) هنوز هم مرتبط هستند و صرف این واقعیت که طرفین به قانون یا دادگاه یک کشور خاص در جریان داوری خود مراجعه نکرده‌اند، به خودی خود دلالت بر این ندارد که چنین نهادهای دولتی هیچ ارتباطی با آن مرجع داوری خاص ندارند. (Onyema, 2010: 42-43)

با توجه به تجزیه و تحلیل بالا، می‌توان نظریه امتیاز را به عنوان یک نظریه نیمه مستقل داوری بین‌المللی توصیف کرد، که از حذف کامل داوری بین‌المللی توسط دولت‌هایی که ممکن است با آن‌ها مرتبط شود جلوگیری می‌کند.

۲-۲. نظریات مبتنی بر گسترش داوری تجاری بین‌المللی

این نظریات عمدتاً منعکس کننده گسترش و توسعه داوری تجاری در عرصه بین‌الملل

می‌باشند:





۲-۱-۲. نظریه ماهیت مستقل (خودگردان)^۱

نظریه مستقل برای اولین بار توسط روبلین - دوئیچی در سال ۱۹۶۵ مطرح شد، که استدلال می‌کند مشخصه داوری تجاری بین‌المللی، ویژگی سریع و انعطاف‌پذیر آن است و در روند رسیدگی ماهیت واقعی داوری باید براساس استفاده و هدف آن از طریق قرار دادن داوری در سطح فوق ملی و به رسمیت شناختن ماهیت خودمختار آن تصمیم‌گیری شود. (Fan, 2021: 8) وی همچنین بر این باور بود که وجود و تداوم توسعه داوری تجاری بین‌المللی با تقاضاهای جامعه تجاری بین‌المللی مطابقت دارد و تجار متوجه شده‌اند که داوری خواسته‌های آن‌ها را برای یک روش انعطاف‌پذیرتر و به راحتی کنترل‌شده برای حل و فصل اختلافات بین آن‌ها برآورده می‌کند. به منظور برآورده ساختن توسعه و گسترش صنعت داوری، او استدلال کرد که استقلال کامل داوری باید لحاظ شود و طرفین از استقلال کامل در تصمیم‌گیری در مورد روش‌های داوری، مانند قانون حاکم بر رویه داوری و زمان و مکان داوری و همچنین توانایی انتخاب قانون برای اداره امور ماهوی داوری باید بهره‌مند شوند. (Yu, 2008: 279)

این نظریه در آغاز قرن ۲۱ بصورت صریح توسط جولیان لو مطرح گردید. (Lew, 2006:179-182) وی معتقد است داوری بین‌المللی قلمرویی جدا از قوانین ملی دارد و تابع قرارداد طرفین، حقوق بین‌الملل، مقررات فراملی و نیز رویه‌های داوری بین‌المللی در سطح جهان می‌باشد. (Lew, 2006:179-182) جدیدترین تفسیر در مورد این دیدگاه توسط مایکز ارائه شده است. (Michaels, 2021: 115-137) مایکلز استدلال می‌کند که برای اینکه داوری کاملاً مستقل باشد، نباید دادگاه‌های ملی تکیه کند بلکه باید مکانیسم اجرایی خود را داشته باشد. (Michaels, 2021: 115-119)

مطابق این دیدگاه داوری یک شخصیت مستقل است که در یک رژیم آزاد تکامل می‌یابد. در مکتب فکری استقلال به جای توصیف حقوقی داوری در قالب قضایی، قراردادی و یا ترکیب هر دو، داوری به عنوان یک کل دیده می‌شود. این نظریه به جای





تطبیق داوری در چارچوب قانونی موجود، به داوری به خودی خود نگاه می‌کند که چه کاری انجام می‌دهد، چه کاری می‌خواهد انجام دهد و چگونه و چرا به روشی که انجام می‌دهد، عمل می‌کند و در این راستا، داوری را به عنوان یک نهاد مستقل تعریف می‌کند که نباید توسط قانون مقرر داوری تنزل داده شود (Fan, 2021: 8) بلکه باید دارای قانون مستقل در نظر گرفته شود. مطابق این دیدگاه نقش دو گانه قضایی و قراردادی داوری بگونه ای در هم تنیده شده است که به آن ماهیتی مستقل عطاء نموده است.

واضح است که این نظریه برخلاف نظریات قبل که بیشتر در حقوق داخلی یک کشور و بعد ملی داوری متمرکز بودند، بر اساس داوری بین‌المللی و بر بعد فراملی داوری براساس نیاز تجارت جهانی به این روش حل و فصل اختلاف بصورت فراملی متمرکز است.

نظریه پردازان و مدافعان نظریه مستقل به دنبال از بین بردن تسلط قانون و دادگاه‌ها بر نهاد داوری و ارتباط میان آنها هستند و سعی بر ایجاد یک رژیم بین‌المللی و واقعا خودمختار برای مراجع داوری بین‌المللی دارند. (Onyema; 2010: 41) در نظریه مستقل، قوانین ملی به منظور تسهیل داوری از طریق دادن حداکثر آزادی انتخاب به طرفین برای برآورده کردن انتظاراتشان جهت رونق نهاد داوری، تدوین می‌گردد و علارغم عدم تناسب زیاد این نظریه با قانون ملی، به نظر می‌رسد این نظریه این امتیاز را دارد که می‌تواند یک سازگاری میان اشکال مختلف داوری غیر ملی یا فراملی ایجاد کند (Lew & Mistelis & Kröll, 2003, 81)

نظریه مستقل فرض می‌کند که بازرگانان و تجار (کاربران مکانیزم داوری) رویه‌ها و قانون داوری را توسعه داده‌اند و به نوعی داوری را فراملی کرده‌اند و لازم است دولت‌ها و موسسات داوری قوانین و مقررات خود را برای برآورده ساختن الزامات جامعه تجاری بین‌المللی اصلاح کنند. بنابراین تاثیر نظریه مستقل جدایی کامل داوری بین‌المللی از قوانین و دادگاه‌های محل داوری، و برتری استقلال طرفین به عنوان نیروی کنترل‌کننده در مراجع داوری تجاری بین‌المللی است. (Onyema, 2010: 40)

نظریه مستقل، داوری را به عنوان یک فرآیند توسعه یافته و فعال به تنهایی برای برآورده کردن نیازهای کسب و کار و تجارت مدنظر قرار می‌دهد و با مبنا قرار دادن قرارداد طرفین





معتقد است، توافق طرفین دادر بر کنار گذاشتن قانون ملی و کم اهمیت بودن قانون مقرر داور می باشد. نظریه پردازان و مدافعان نظریه مستقل به دنبال از بین بردن تسلط قانون و دادگاهها بر نهاد داور و ارتباط میان آنها هستند و سعی بر ایجاد یک رژیم بین المللی و واقعا خودمختار برای مراجع داور بین المللی دارند. (Onyema, 2010: 41)

گرچه برخی کاملاً با این نظریه موافق هستند (لیو و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۰۵) اما برخی بدلیل عدم وضوح و روشنی پیامدهای نظری و عملی ناشی از حاصل از تجزیه و تحلیل این نظریه با آن مخالفند. (Born, 2014: 216) و دیدگاههای مطرح شده در این نظریه را دور از واقعیت های موجود دانسته اند؛ چراکه داور بین المللی آنگونه که اکنون رایج است و انجام می شود کاملاً مستقل از نظام حقوقی ملی نیست و واقعیت این است که قانون مقرر داور و محل اجرای حکم هنوز نقش مهمی در مراجع داور بین المللی ایفا می کند. (Onyema, 2010: 41)

۲-۲. نظریه پلورالیسم حقوقی^۱

مطابق نظریه کثرت گرایی حقوقی، همه نهادهای اجتماعی و نه تنها یک دولت منبع رأی قانونی داور تلقی می شوند. در رویکرد کثرت گرایانه شناسایی آراء داور توسط یک کشور شرط وجود آنها نیست که این امر مستلزم بازاندیشی در پارادایم سنتی «دولت محور قانونگذاری است» و تغییر به سمت پارادایم «ایجاد خود به خود قانون» و «وضع مقررات توسط جامعه تجارت بین المللی» است. (Steingruber, 2012: 187)

دو نظریه مستقل و پلورالیسم حقوقی روند رو به رشد برای استفاده از داور به عنوان مکانیزم حل اختلاف و فرآیند پایدار رهایی از دولت را منعکس می کنند. این نظریه ها این ایده را می پذیرند که صلاحیت داور برای حل اختلاف ریشه در یک نظم حقوقی متمایز و فراملی دارد که می توان آن را به عنوان نظم حقوقی داور و نه نظام حقوقی ملی قلمداد کرد. آنها همچنین بازتاب نقش قوی داوران بین المللی هستند که عدالت را از طرف هیچ



کشوری اجرا نمی‌کنند بلکه نقش قضایی را به نفع جامعه بین‌المللی ایفا می‌کنند. (Steingruber, 2012: 187)

محور نظریه کثرت‌گرایی حقوقی؛ تکیه بر بحث «نظم حقوقی داوری» می‌باشد که دانشمندان فرانسوی در دهه ۱۹۹۰ آن را مطرح کردند و اهمیت معنای آن را در طول دهه ۲۰۰۰ توسعه دادند. مفهوم نظم حقوقی داوری مجموعه‌ای از اصول حقوقی را در بر می‌گیرد که برای وجود داوری لازم و کافی است. منشأ نظم حقوقی داوری در اراده طرفین است که مستقل از تمام مراجع ملی می‌باشد. نظم در تجارت و بازرگانی توسط شرکت‌هایی که به بخش صنعت تعلق دارند و تولید را کنترل می‌کنند و همچنین توسط بانک‌هایی که جریان‌های پولی و مالی را انجام می‌دهند، ایجاد می‌شود. ایده نظم حقوقی داوری ارتباط تنگاتنگی با استقلال داوری بین‌المللی دارد چراکه بدون استقلال و خودمختاری داوری در قبال نظم حقوقی ملی، هیچ رأی حقوقی داوری نمی‌تواند وجود داشته باشد. (Steingruber, 2012: 188)

در این دیدگاه داوری تجاری بین‌المللی به چند دولت مرتبط می‌شود و امکان ایجاد یک بنیاد منطقه‌ای مبتنی بر بیش از یک دولت را در حالی که همچنان بر پوزیتیویسم دولتی تکیه می‌کند، به رسمیت می‌شناسد.

جان پالسون در تز کثرت‌گرایانه‌اش نمونه هیلمارتون را به عنوان شاهدهی بر پایان بازنمایی تک‌لوکال و وجود یک بنیاد کثرت‌گرایانه می‌گیرد و معتقد است حکمی که توسط دادگاه صادر می‌شود تنها در نظم حقوقی کشوری که در آن صادر شده است خلاصه نمی‌شود. (Paulsson, 2013: 36) در قضیه مربوط به هیلمارتون دادگاه تجدیدنظر فرانسه علاوه بر اینکه در سوئیس کنار گذاشته شد، اجرای حکم داوری تجاری بین‌المللی را در خاک فرانسه پذیرفت و نتیجه می‌گیرد که داوری تجاری بین‌المللی تنها بر یک کشور بنا نشده است بلکه مطابق تز کثرت‌گرایانه به سمت کشوری می‌رود که در آن حکم داور به رسمیت شناخته شود و اجرا گردد. (Paulsson, 2013: 36)

این نظریه معتقد نیست که داوری تجاری بین‌المللی به مقر آن تعلق ندارد بلکه معتقد است سرنوشت رأی داور بسته به کشور شناسایی و اجرا می‌تواند تغییر کند و با نقد دیدگاه





قانون دولت انحصاری معتقد است اینکه طرفین صرفاً به این دلیل که آن را به عنوان محل داوری انتخاب کرده‌اند، قصد استفاده از قانون محل داوری را داشته‌اند، بر یک استدلال حقوقی متکی نیست. مطابق این نظریه کشوری که در آن درخواست اجرای رأی داور می‌شود، به هیچ وجه ملزم به پذیرش تصمیم دولت دیگری نیست چرا که دولت‌ها مستقل هستند. در این دیدگاه، منشأ صلاحیت یک رای از یک حکم قانونی واحد که مربوط به کشور مقرر داوری است، ناشی نمی‌شود، بلکه از همه احکام حقوقی کشورهایی که تحت شرایط خاصی مایلند اثربخشی رای را به رسمیت بشناسند، نشأت می‌گیرد. (Gaillard, 2012: 24)

همانگونه که مشخص است در این نظریه نیز دولت و قوانین آن بر داوری تجاری بین‌المللی تأثیر می‌گذارد، حتی اگر نه تنها به یک کشور بلکه به بیش از یک کشور مربوط شود.

این نظریه به دولت‌ها اجازه می‌دهد کار خود را بدون در نظر گرفتن سایرین انجام دهند و کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ (که مربوط به شناسایی و اجرای آراء داوری است) صحت این نظریه را نشان می‌دهد. این کنوانسیون اجازه اجرای مضاعف را نمی‌دهد، اما اجازه بررسی مستقل دادگاه‌های ملی را می‌دهد. علاوه بر این، کنوانسیون نیویورک روند داوری را به مقرر داوری ضمیمه نمی‌کند. (Gaillard, 2012: 28)

مطابق بند (۱) از ماده (۵) کنوانسیون نیویورک:

«شناسایی و اجرای حکم، به درخواست طرفی که بر علیه او استناد شده است، تنها در صورتی قابل امتناع است که آن طرف به مرجع ذیصلاحی که در آنجا به رسمیت شناختن و اجرای آن درخواست شده است، مدرکی ارائه دهد»

تفسیر نوین برخی قضات در فرانسه و ایالات متحده این است که این ماده امکان امتناع و نه امتناع اجباری را مطرح کرده و با این تفسیر شروع به پذیرش شناسایی و اجرا برخی آراء نمودند. (Gaillard, 2012: 137)

این نظریه نیز خالی از انتقاد نمانده است و بدان ایراد شده که جامعیت کافی ندارد و به اندازه کافی کلی نیست و تمامی مراحل قبل از شناسایی و اجرا را شامل نمی‌شود و با





تمرکز بر بحث شناسایی و اجراء، درخصوص موافقتنامه داوری، دیوان داوری و روند رسیدگی ساکت است. در این نظریه، هیچ نظمی وجود ندارد و یک هرج و مرج بین‌المللی واقعی بوجود خواهد آمد زیرا هر کشوری می‌تواند به شیوه خود عمل کند. همچنین انتقاد از پوزیتیویسم دولتی همچنان قابل طرح است زیرا این نظریه کماکان به دولتها متکی است و به چالش‌های ناشی از اختلافات فرامرزی کاملاً پاسخ نمی‌دهد. (Gaillard, 2012: 35) همچنین ایراد دیگری که مطرح شده (Gaillard, 2012: 35) این است که اگر همه دولت‌ها حق دارند در هنگام شناسایی و اجرا پیروز شوند، داور باید به سیاست عمومی هر یک از این کشورها اهمیت دهد که این امر کاملاً غیر عملی خواهد بود چرا که نمی‌توان از قبل مکان اجرای احتمالی را پیش‌بینی کرد.

۳. ماهیت داوری در فقه امامیه

در فقه امامیه نظریه مشهور فقها تعیین ماهیت قضائی برای داوری است و داوری را قضاوت تحکیمی دانسته‌اند. شیخ طوسی با اشاره به آیه مربوط به داوری^۱ در هنگام اختلاف میان زوجین معتقد است منظور از حکم در این آیه قاضی تحکیم است و منظور تعیین حکم بین زوجین بصورت توکیل نمی‌باشد. (طوسی، ۱۳۹۷: ۴۱۶) با این توضیح که داوری و حکمیت دعاوی خانوادگی خصوصیت چندان ویژه‌ای ندارد، فقها آن را به سایر موارد داوری و حکمیت تعمیم داده‌اند و تفکیکی بین ماهیت داوری در حل اختلاف زوجین و دیگر داوری‌ها ننموده‌اند.

علامه حلی در مختلف ظاهر قول فقهای امامیه را قضاوت تحکیمی می‌داند. (حلی، ۱۴۱۲: ۳۹۵) مرحوم طبرسی امین الاسلام نیز مراد از حکم در آیه را قضاوت تحکیم می‌داند. (طبرسی، ۱۴۱۰: ۱۷۸)

شهید ثانی نیز در مورد این آیه می‌گوید اکثر فقها بر این عقیده‌اند که داوری در این آیه همان تحکیم است زیرا خداوند از داوران به حکم تعبیر کرده است و انتخاب و بعث

۱ در آیه ۳۵ سوره نساء آمده است: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...»





آنها را متوجه حکام نموده است نه متوجه زوجین و وکیل مأذون حکم نیست. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۶۷) همین نظریه در برخی از کتب آیات الاحکام مانند کنز العرفان نیز به چشم می خورد. (فاضل مقداد، ۱۴۱۹: ۲۱۴)

واضح است که ماهیتی که فقها برای داوری مطرح کرده اند در حیطه حل و فصل اختلاف در قلمرو یک کشور و بصورت داخلی و نه داوری بین المللی می باشد. در مقابل این نظریه برخی از فقها اسلامی متمایل به نظریه قراردادی شده اند و نظریه وکیل بودن داور را پذیرفته اند. مرحوم ابن براج در کتاب الکامل فی الفقه خود نظریه توکیل را پذیرفته اما در آثار بعدی خود از این نظریه عدول کرده و همان نظر مشهور یعنی تحکیم را پذیرفته است. وی در کتاب المذهب خود به این تغییر دیدگاه اذعان نموده و می گوید اگرچه در کتاب «الکامل فی الفقه» گفتم که بصورت توکیل است اما صحیح این است که گفته شود بصورت قضاوت تحکیمی می باشد زیرا اگر توکیل باشد تابع مقررات وکالت و شرایط آن خواهد بود، در صورتی که چنین نیست. (ابن براج، ۱۴۰۶: ۲۶۶)

به غیر از ایشان در میان فقههای امامیه اگرچه سایرین نیز به نظریه وکیل بودن داور اشاره کرده اند اما ظاهراً آن را صرفاً جهت رد نظر برخی از اهل سنت آورده اند و طی بررسی به عمل آمده کس دیگری یافت نشد که این نظریه را پذیرفته باشد. از میان علمای اسلامی بیشتر در میان برخی از فقههای عامه این نظریه دیده می شود. مرحوم فاضل هندی قول به توکیل را به مذهب مالکی و برخی از شافعیه نسبت داده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۲۲) اما شیخ طوسی این نظریه را متعلق به ابوحنیفه دانسته است. (طوسی، ۱۳۹۷: ۴۱۶)

جناب شیخ طوسی در کتاب خلاف برای اثبات نظر مشهور فقههای امامیه (ماهیت قضائی داشتن داوری) به ادله ای استناد می کند از جمله اینکه ظهور کلام خداوند متعال در آیه بر تحکیم است چون فرموده فابعثوا حکماً و نگفته است فابعثوا و کیلاً. همچنین خطابات قرآن کریم که حکمی را بیان می کنند، هرگاه بصورت مطلق بیان شوند، منصرف به امامان و قضات هستند. در آیه مورد بحث نیز خطاب مطلق است و مخاطب آن زوجین نیستند بنابراین حکمین، وکلای زوجین نیستند (و شأن قضائی دارند). دلیل دیگر اینکه خطاب در



آیه مورد بحث متوجه زوجین نیست چون اگر متوجه زوجین بود می‌فرمود: فابعثا وکیلاً در حالی که فرموده است: فابعثوا حکماً. (طوسی، ۱۳۹۷: ۴۱۶)

قائلین به نظریه قراردادی بودن داوری و وکیل دانستن داور نیز دلائلی مطرح کرده‌اند از جمله اینکه:

الف) در ازدواج میان زوج و زوجه بضع حق زوج و مال حق زوجه است و زوجین هر دو بالغ و رشید هستند و هیچ کس بر آن دو ولایت ندارد؛ بنابراین تنها کسانی می‌توانند در مورد روابط میانشان مداخله کرده و تصمیم بگیرند که از سوی آنها اجازه داشته باشند و الا اصل عدم ولایت بر شخص بالغ و رشید نقض می‌شود.

ب) چون در قاضی (چه منصوب و چه منتخب) اجتهاد شرط است و در داوری اجتهاد شرط نیست پس داوران قاضی نیستند و وکیل محسوب می‌شوند. (رک: روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵۹؛ حلی، ۱۴۱۲: ۳۹۶)

در پاسخ به دلیل اول فقها از قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» کمک گرفته‌اند و گفته‌اند اگرچه زوجین هر دو بالغ و رشید هستند و کسی بر آنان ولایت ندارد، اما اگر بر شقاق اصرار داشته باشند پس ممتنع از انجام وظیفه شرعی محسوب می‌شوند و چون حاکم بر ممتنع ولایت دارد می‌تواند آنها را مجبور نماید که تمکین کنند. در اینجا نیز حاکم بعد از انتخاب حکم و داور، زوجین را مجبور به پذیرش حکم داور می‌کند و این موضوع مخصوص اختلاف زوجین نیست و در هر جا شخص رشید و بالغی از اداء حقوق امتناع کند حاکم بر او ولایت دارد و این ولایت را اعمال می‌نماید. دلیل دوم نیز با دو پاسخ مواجه شده است اولاً حاکم در حقیقت کسی است که داوران را برمی‌گزیند و داوران به منزله وکیلان او هستند و ثانیاً در امور جزئی و معین اجتهاد و فقاهاست شرط نیست و این امور را می‌توان به فرد غیر مجتهد یعنی به یکی از آحاد مردم سپرد. (رک: روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵۹؛ حلی، ۱۴۱۲: ۳۹۶)

به نظر می‌رسد با توجه به ضعف نظریه وکیل دانستن داور و با امعان نظر و توجه بر تفاوت داوری در حقوق داخلی و داوری در عرصه بین‌المللی، نظر مشهور فقها در قضاوت تحکیمی دانستن ماهیت داوری با نظریه ترکیبی یا مختلط در حقوق داخلی سازگارتر به





نظر می‌رسد و ماهیت ترکیبی را باید ماهیت فقهی - حقوقی مناسب در حقوق ایران قلمداد نمود.

توضیح اینکه تعیین داور از جانب طرفین و ارجاع اختلاف فی مابین به داور، تبلور ماهیت قراردادی داوری و فصل الخطاب بودن رأی داور تبلور ماهیت قضائی داوری از دید مشهور فقهاست. تأکید فقها بر قضاوت تحکیمی دانستن داوری برای اجتناب از نظر برخی از فقهای عامه در وکیل دانستن داور بوده و منافاتی با قراردادی بودن منشأ داوری و نظریه مختلط ندارد.

لزوم تراضی طرفین اختلاف برای تعیین حکم و داور در عبارات فقهی مانند عبارت «لو تراضی الخصمان بحکم بعض الرعیه فحکم بینهما جاز عندنا» (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۶) یا عبارت «و أما التحکیم و هو أن یحکم الخصمان واحدا من الناس جامعاً لشرائط الحکم.....» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۳۲) یا «لو تراضی الخصمان بواحد من الرعیه فترافعا الیه...» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۰) اشاره به قراردادی بودن شروع و منشأ داوری و عباراتی مانند «فحکم» لزوماً حکمه و لایشرط رضاهما» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۴، ۶۰) اشاره به قضائی بودن رأی داور دارد.

تقسیم قاضی به قاضی منصوب و قاضی تحکیم و تفکیک این دو قسم با این توضیح که قاضی منصوب از طرف امام نصب می‌گردد و تا پایان محاکمه سمت دارد و قاضی تحکیم ابتدا از جانب طرفین تعیین می‌گردد اما بعد از تعیین او نیز در طول محاکمه جانشین امام در زمان حضور و یا ولی فقیه در زمان غیبت می‌باشد و صلاحیت برای صدور حکم دارد (حائری، ۱۴۱۵: ۲۱) نیز اشاره به همین ماهیت دارد.

۴. ماهیت داوری در حقوق ایران

در دکرین حقوق ایران و نیز رویه قضائی نظریاتی مختلفی درخصوص ماهیت داوری مطرح گردیده است. برخی ماهیت قضایی را برای داوری پذیرفته و معتقدند که داوری در اختلافات مردم صرفاً امری قضایی است (صدرزاده، ۱۳۸۰: ۳۹۷) اقتدار داور ریشه در قانون دارد و اگر قانون داوری را شناسایی نمی‌کرد معلوم نبود که توافق طرفین به خودی





خود مؤثر واقع شود ضمن اینکه مدیریت دادگستری قسمتی از خدمات عمومی است و مرجع داورى هنگامى اعتبار دارد که در این سازمان خدماتى جای گرفته باشد. رأى داور قضاوتى است که باید با رعایت تشریفات اتخاذ شود و ویژگی قضائى آن غیر قابل انکار است. (خزایی، ۱۳۸۶: ۳۳) و داور هرچند منتخب طرف دعوا و اختصاصى باشد، نماینده او نیست بلکه نوعى قاضى است که حل و فصل اختلاف و اجرای عدالت را به عهده دارد (صفایی، ۱۳۷۷: ۱۳) و اگر عدالت را به رفتار مطابق قانون تعریف کنیم (ساریخانی، موسوی، ۱۴۰۱: ۱۸۹) داور نیز همانند قاضى باید مطابق قانون رفتار نموده و حکم صادر کند تا مجرى عدالت محسوب شود. از نظر این گروه وظیفه داور بیشتر از قانون ناشى مى شود. قانون آیین دادرسی مدنى بنا به مصالحى به اشخاص اجازه داده است که دادرس امور خویش را با توافق معین کنند و به جای مراجعه به دادگاه داورى او را بپذیرند؛ بنابراین داور كسى است كه قانون بطور موقت و در مورد خاص، وظیفه دادرسی را به او مى سپارد و هنگام اجرای وظایف خویش يك مأمور دولتی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۳۰)

در رأى صادره بدوى شعبه ۴۴ دادگاه عمومى حقوقى تهران كه طی دادنامه قطعى ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۸۸ تاریخ ۱۳۹۲/۲/۴ توسط شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر تهران قطعیت یافته است چنین آمده است: «داوران طبق قسمت اخیر ماده (۴۷۴) از قانون آیین دادرسی مدنى نمی توانند با سلب صلاحیت از خود به واسطه تخصصی و فنی بودن موضوع، داورى را در صلاحیت دادگاه تشخیص دهند داوران مکلف به صدور رأى و آثار مثبت آن بوده و طبق ماده (۴۸۲) قانون مذکور آراء آنان بایستی موجه و مدلل بوده و مخالف قوانین موجد حق نباشد چون که اعتبار امر مختومه را دارا است و تکلیف داور بر صدور رأى وابسته بوده و در صورت عدم صدور رأى در اثر نخواستن یا نتوانستن، طرفین مى توانند برای حل و فصل اختلافات به دادگاه مراجعه نمایند نه اینکه داور چنین شایستگی را راساً تشخیص دهد» واضح است که این رأى قطعیت یافته بر ماهیت قضایی تأکید دارد چراکه اگر داورى ماهیت قراردادی و توکیل داشت داور مى توانست از داورى انصراف داده و از خود سلب صلاحیت کند.





همچنین در بخشی از رأی پرونده به شماره ۹۳۰۹۹۸۲۱۶۰۱۰۰۲۰۳ از دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۶۰۱۰۰۸۱۷ در شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید صدر تهران به تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۳۰ به صراحت بر ماهیت قضائی داوری تأکید گردیده است و یک شیوه حل اختلاف در کنار دادگاه قلمداد شده است. در بخشی از این رأی که در شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تاریخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۴ تأیید شده، آمده است: «راجع به جهت دیگر مورد نظر خواهان نیز با عنایت به آنچه راجع به محدوده دخالت دادگاه در نظارت قضایی بر داوری گفتیم موضوع از امور موضوعی و خارج از حیطه نظارت دادگاه است چه اگر دادگاه به تمام جهات موضوعی و حکمی دعوی مطرح نزد داور پردازد نوعی نقض غرض و بی اثر کردن داوری است و البته ایجاد تکالیف دشوار و اضافی برای دادگاه ها، چه داوری حل و فصل اختلافات در کنار دادگاه هاست نه اینکه فرایندی کم اهمیت تلقی شود و ممیزی کامل دادگاه بر آن پذیرفته شود» (رک: به سامانه رأی پژوهشگاه قوه قضائیه به آدرس <https://ara.jri.ac.ir/Judge>)

در مقابل در انتقاد به این نظریه گفته شده که آزادی اراده طرفین براساس قرارداد داوری گاه تا جایی اجازه پیشروی دارد که داور را از مراجعه به مقررات آیین دادرسی و قوانین داخلی کشورها در حل و فصل اختلاف بی نیاز می کند بدین معنی که او را مأمور صدور رأی براساس انصاف و بدون رعایت تشریفات دادرسی نماید. (اسدی نژاد، ۱۳۷۸: ۶) و داوری اجباری را هم باید استثنا بدانیم که در موارد استثنایی با تفسیر مضیق قابلیت سرایت به سایر موارد وجود ندارد. (مافی، تقی پور، ۱۳۹۶: ۱۹۰)

گروهی دیگر نظریه قراردادی در خصوص ماهیت داوری را پذیرفته و تقویت کرده اند و نظریه غالب را در دکترین حقوقی ایران نظریه قراردادی می دانند. (سیفی، ۱۳۷۷: ۵۶) مرحوم کاتوزیان هرچند خود متمایل به پذیرش نظریه قضائی گردیده است اما ماهیت قراردادی را به مشهور نسبت داده است (رک: کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۳۵) در توجیه این ماهیت گفته شده توافق طرفین در مراجعه به داوری یک نوع قرارداد خصوصی است که به حکم ماده ۱۰ قانون مدنی ایران الزام آور است و هریک از طرفین باید به آثار و لوازم آن گردن نهد. (رک: قماش، ۱۳۷۶: ۲۲۶) از برخی عبارات و آراء مرتبط با رویه قضائی



تقویت دیدگاه ماهیت قراردادی قابل استنباط است. در نظریه مشورتی به شماره ۲۸۶۵/۹۷/۷ و به تاریخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۳ در پاسخ به سوالی پیرامون ماده (۴۸۱) قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ آمده است: «با عنایت به ماده (۴۵۴) قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ ارجاع به داوری مبتنی بر تراضی و توافق طرفین است و با توجه به قواعد عمومی قراردادها، با توافق طرفین نیز از بین می رود. چنانکه مقنن در بند (۱) ماده (۴۸۱) قانون یادشده به این امر تصریح کرده است و درج حق فسخ برای یکی از طرفین نیز مبتنی بر توافق طرفین است و دلیلی بر منع آن وجود ندارد. با این حال برای تعیین حدود این حق از نظر قابلیت اعمال آن، قبل یا بعد از رجوع به داوری، باید حسب مورد با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، قصد مشترک طرفین احراز شود.» براین اساس اگر قصد مشترک طرفین از ابتدا امکان رجوع از داوری حتی بعد از رجوع به داوری باشد این امکان براساس این نظریه وجود خواهد داشت.

از جمله انتقاداتی که در دکترین حقوقی براین نظریه وارد شده است عدم جریان نظریه در مواردی است که ارجاع امر به داوری یا تعیین داور اجباری باشد که در این صورت دیگر امکان قیاس داوری با وکالت ممکن نیست. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۳۶-۱۳۷) و به درستی گفته شده که داور هرچند منتخب طرفین اختلاف و اختصاصی باشد اما نماینده آنها نیست و نوعی قضاوت برعهده او قرار گرفته که باید در آن بی طرف و مستقل باشد. (صفایی، ۱۳۷۷: ۱۳) داور موظف به بی طرفی و انصاف است و مانند وکیل نیست که مأمور حفظ منافع موکل باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۳۰؛ محبی، ۱۳۷۸: ۴۵) ضمن اینکه شرط وکالت این است که موکل بتواند خود مورد وکالت را به اتمام برساند. این درحالی است که انتخاب کنندگان داور صلاحیت حل اختلاف موضوع داوری را به صورت انشاء رأی و فیصله اختلاف ندارند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴۳۷ - ۴۳۸)

نظریه مختلط یا ترکیبی نیز مورد بررسی حقوق دانان ایران قرار گرفته است. در توجیه این نظر گفته شده داوری از زمان شروع تا صدور رأی ماهیت قراردادی دارد و پس از صدور رأی ماهیت قضایی می یابد اما ایراد شده که یک نهاد حقوقی نمی تواند دارای دو ماهیت باشد و رأی داور نمی تواند ماهیتی را که از قبل بوجود آمده تغییر دهد. (رک: مافی





، تقی پور، ۱۳۹۶: ۱۹۵) براساس دیدگاه طرفداران این نظریه، داوری از رکن قراردادی‌اش تحقق داوری و اداره جریان دادرسی و از رکن قضائی‌اش اصول راهبری دادرسی و اعتبار امر قضاوت شده و قاعده فراغ دادرس را به عاریه می‌گیرد و این دو رکن مکمل یکدیگر برای وصول به هدف نهاد داوری می‌باشند به نحوی که تحقق آن بدون هریک از این دو ممکن نیست. رکن قضایی داوری وجه تمایز آن از کارشناسی، سازش و میانجیگری است و رکن قراردادی داوری وجه تمایزش از دادرسی در دادگاههای دولتی می‌باشد.

برخی دیگر از نویسندگان از نظریه مستقل حمایت کرده‌اند و گفته‌اند: «نظریه اصالت داوری فرض را بر این می‌نهد که داوری در نظامی رها شده تحول می‌یابد و از این رو خصلتی خودسامان دارد. بنابراین ضرورت دارد قانون گذاران ملی و بین‌المللی فارغ از نقش بنیادین اراده طرفین در ایجاد، اداره و انحلال جریان داوری و همچنین تشابه داوری با دادرسی دادگاه‌های دولتی، قواعد ویژه‌ای متناسب با ماهیت اصیل داوری وضع نمایند تا نه تنها عملکرد داور از کنترل و نظارت دادگاه‌های دولتی بی‌نیاز شده بلکه مجریان آرای دادگاه‌های دولتی رأساً عهده دار اجرای آرای صادره از مراجع داوری شوند.» (شمس ، بطحائی، ۱۳۹۴: ۲۵)

اما باید دانست این نوع نگاه آرمانی به داوری برخلاف واقعیت‌های موجود است در واقع تعیین ماهیت مستقل و خود سامان برای داوری اشتباه در اتخاذ ماهیت «آنچه باید باشد» بجای «آنچه در واقع است» می‌باشد و توهمی و تخیلی دانستن این نظریه از جانب برخی از دیگر نویسندگان (مافی ، تقی پور، ۱۳۹۶: ۱۹۸) بیراه نیست چراکه یک توافقنامه الزام‌آور تا جایی اعتبار دارد که از حمایت قانون ملی و حاکمیت برخوردار باشد و پیشرفت و توسعه داوری‌های بین‌المللی به مساعدت و حمایت مقامات قانونی مقرر فصل خصومت وابستگی دارد و برخلاف نظریه‌های دیگر پذیرش این نظریه ممکن است اجرای رأی داور را با مشکل مواجه سازد. بنابراین پذیرش ماهیت مختلط مناسب‌تر و حداقل با حقوق داوری داخلی سازگارتر به نظر می‌رسد. از برخی آراء قضائی نیز شاید بتواند پذیرش و یا حداقل عدم منافات این نظریه را با نظر برخی قضات استنباط نمود. چنانکه در دادنامه قطعی یافته شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۶۸۶ مورخ ۱۳۹۱/۶/۵ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با





رد خواسته ابطال رأی داوری توسط خواهان (که مؤید عدم ماهیت صرفاً قراردادی داوری می باشد) و نقض حکم شعبه ۲۱۱ دادگاه بدوی مبنی بر پذیرش ابطال رأی داوری؛ اصل را بر صحت و اعتبار رأی داوری دانسته و چنین آورده است: «وقتی طرفین قرارداد حل اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای قرارداد را به داوری ارجاع می دهند، درحقیقت نخواسته اند محاکم در موضوع مداخله کنند و احترام به اراده طرفین متعاملین ایجاب می نماید که دادگاه در چهارچوب قانون رفتار کند و این امر را به رسمیت بشناسد، زیرا خواست متعاملین مداخله نکردن محکمه بوده، مداخله محاکم در موضوع، محدود به جایی است که بر اساس قواعد آمره قانون گذار اجازه ورود داده است، در غیر اینصورت ورود به حریم اراده طرفین قرارداد تلقی شده و هیچ توجیه قانونی ندارد و اگر داور بنا به خواسته متعاقدين مبادرت به صدور رأی هرچند ناعادلانه به زعم هر یک از طرفین نماید، دلالت بر نقض قواعد موجد حق ندارد، زیرا اراده طرفین به حل اختلاف توسط داور بوده، نه محکمه....» (رک: به سامانه رأی پژوهشگاه قوه قضائیه به آدرس <https://ara.jri.ac.ir/Judge>) بدین ترتیب هرچند بر عدم ورود بر حریم اراده طرفین و ماهیت قراردادی تأکید شده است اما صرف رضایت طرفین اختلاف به رأی داور (که ماهیت قراردادی داوری آن را ضروری می داند) به تنهایی در این رأی نیز پذیرفته نشده است و بر توجه به ماهیت قضائی و تمایل به سمت نظریه ماهیت ترکیبی صحه گذاشته شده است.

در مجموع به نظر می رسد قانونگذار ایران قائل به ماهیت ترکیبی برای داوری است. امکان رجوع توأمان طرفین از داوری حتی بعد از صدور رأی (براساس ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹) نشانگر اهمیت دادن قانونگذار به اراده مشترک طرفین است و از طرفی تجدیدنظر ناپذیری آراء داوری تبلور ماهیت قضائی داوری می باشد. مطابق ماده (۴۹۳) قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹: «اعتراض به رأی داوری مانع اجرای آن نیست» بدین ترتیب بعد از صدور رأی، داوری در ماهیت قضائی می یابد و رأی صادره نسبت به طرفین قطعی و لازم الاجرا می گردد. عدم امکان رجوع از آن برای هیچ یک از طرفین اختلاف به معنای نفی ماهیت صرفاً قراردادی داوری می باشد. به عبارت دیگر قصد





مشترک طرفین تنها در مرحله انشاء اولیه اهمیت داشته که پذیرفته اند اختلاف خود را به طور قطعی و نهایی از طریق داوری حل و فصل کنند و برای حل و فصل اختلاف دوباره به دادگاه رجوع نکنند و پس از رجوع و صدور رأی هیچ یک نمی تواند به استناد قراردادی بودن داوری و عدم رضایتش نسبت به رأی صادره از آن عدول نماید.^۱

در داوری های تجاری بین المللی نیز به همین منوال است و بر اساس مواد (۳۳) و (۳۴) قانون داوری تجاری بین المللی، حق اعتراض به رأی داوری وجود دارد و اعتراض به رأی داوری اثر تعلیقی بر اجرای آن نخواهد داشت. بنابراین تجدیدنظرخواهی از آراء داوری بر خلاف تجدیدنظرخواهی از احکام دادگاه هاست که به علت داشتن اثر تعلیقی و غیرقطعی بودن احکام بدوی با تجدیدنظرخواهی، امکان اجرای حکم از بین می رود.

نتیجه گیری

- پیشرفت جامعه جهانی در مبادلات و تجارتهای بین الملل گرچه نیازمندی داوری را به ماهیتی مستقل یا کثرت گرا ایجاب می نماید اما با توجه به ضرورت شناسایی و اجرای آراء داوری در قلمرو کشورها و ضرورت هماهنگی این آراء با مقررات داخلی و نظم عمومی و سیاست های آمرة کشورها به نظر می رسد از میان نظریات مختلف مربوط به ماهیت داوری، نظریه مختلط یا ترکیبی با واقعیت امکان شناسایی و اجرای آراء در قلمرو کشورها سازگارتر به نظر می رسد. داوری تجاری بین المللی دارای هر دو ویژگی قراردادی و قضایی است و غالب کشورها گرچه با پذیرش برخی کنوانسیون های بین المللی و الحاق به آنها خود را با نیازهای جامعه جهانی هماهنگ نموده اند اما هنوز بر نظم عمومی و هماهنگی آراء با سیاست های عمومی خود تأکید دارند.

۱ باید توجه داشت که میان تجدیدنظرخواهی و قابلیت اعتراض به رأی داور تفاوت وجود دارد و عدم امکان تجدیدنظر به این معنا نیست که طرفین قرارداد داوری نتوانند به رأی صادره اعتراض کنند. چنانچه ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می دارد هر یک از طرف های دعوا می تواند ظرف ۲۰ روز از ابلاغ رأی داوری، بطلان آن را از دادگاه صالح درخواست کند.



- در فقه امامیه نظریه مشهور فقها تعیین ماهیت قضائی برای داوری بوده و داوری را قضاوت تحکیمی دانسته‌اند و نظریه توکیل یا قراردادی بودن ماهیت داوری بدلیل توالی فاسد متعدد مردود است. از جمله توالی فاسد این نظریه، می‌توان به ضرورت رعایت غبطه موکل توسط داور (وکیل وی) اشاره نمود که این امر با اصل بی‌طرفی و استقلال داور منافات دارد و یا به قابلیت عزل و کیلان بدلیل جائز بودن عقد وکالت اشاره نمود که در نتیجه آن هر کدام از طرفین می‌توانند در هر مرحله رسیدگی و در هر جا احساس کنند تصمیمی که داور می‌خواهد بگیرد به ضرر آنهاست، وی را عزل نمایند.

- به نظر می‌رسد با توجه به ضعف نظریه وکیل دانستن داور و با امعان نظر و توجه بر تفاوت داوری در حقوق داخلی و داوری در عرصه بین‌المللی، نظر مشهور فقها در قضاوت تحکیمی دانستن ماهیت داوری با نظریه ترکیبی یا مختلط در حقوق داخلی سازگارتر به نظر می‌رسد و ماهیت ترکیبی را باید ماهیت فقهی - حقوقی مناسب در حقوق ایران قلمداد نمود.

- تعیین داور از جانب طرفین و ارجاع اختلاف فی مابین به داور، تبلور ماهیت قراردادی داوری و فصل الخطاب بودن رأی داور تبلور ماهیت قضائی داوری از دید مشهور فقهاست. تأکید فقها بر قضاوت تحکیمی دانستن داوری برای اجتناب از نظر برخی از فقهای عامه در وکیل دانستن داور بوده و منافاتی با قراردادی بودن منشأ داوری و نظریه مختلط ندارد.

- واضح است که ماهیتی که فقها برای داوری مطرح کرده‌اند (ماهیت قضائی) در حیطه حل و فصل اختلاف در قلمرو یک کشور و بصورت داخلی می‌باشد و انتقاداتی که نسبت به این نظریه شده غالباً به دلیل رواج داوری تجاری بین‌المللی در عصر کنونی می‌باشد که طرفین تابعیت‌های مختلف دارند یا در کشوری غیر از کشور متبوعشان اقدام به تجارت و ارجاع اختلاف به داوری نموده‌اند که در این موارد مطابق مقررات بین‌المللی در مواردی امکان حاکم گرداندن قوانینی را بر موضوع اختلاف و بر روند رسیدگی دارند.



منابع

قرآن کریم

۱. ابن براج، عبدالعزيز، ۱۴۰۶ق، المذهب، قم، جامعه مدرسين، ج ۲.
۲. اسدی نژاد، محمد، ۱۳۷۸ش، داوری تجاری بین المللی ایران و آنسیترال، انتشارات دانشگاه گیلان، چ ۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۶ش، دانشنامه حقوقی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چ ۵، ج ۳.
۴. حائری، سید کاظم، ۱۴۱۵ق، القضاء فی الفقه الإسلامی، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چ ۱.
۵. حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ق، شرائع الاسلام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ج ۴.
۶. حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، مختلف الشیعۀ فی أحكام الشریعۀ، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ج ۷.
۷. خدابخشی، عبدالله، ۱۳۹۷ش، حقوق دعاوی بایسته های حقوق داوری تطبیقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۱.
۸. خزایی، حسین، ۱۳۸۶ش، حقوق تجارت بین الملل، داوری، تهران، نشر قانون، چ ۱، ج ۷.
۹. روحانی، سید محمد صادق، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق علیه السلام؛ قم، مؤسسه دارالکتاب، چ ۳، ج ۲۲.
۱۰. سیفی، سید جمال، ۱۳۷۷ش، مقاله «قانون داوری تجاری بین المللی ایران همسو با قانون نمونه آنسیترال»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ش ۲۳.





۱۱. ساریخانی، عادل و موسوی، سید حیدر شاه، ۱۴۰۱ش، مقاله «موانع ثبوتی عدالت قضائی در اسلام، حقوق کیفری افغانستان و فرانسه»، فصلنامه، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال نهم، ش ۱.
۱۲. شمس، عبدالله، بطحائی، فرهاد، ۱۳۹۴ش، مقاله «ماهیت حقوقی داوری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۰.
۱۳. شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ج ۱، ۱۴.
۱۴. شیخ طوسی، ۱۳۹۷ق، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ج ۱، ۴ و ۶.
۱۵. صدرزاده افشار، سید محسن، ۱۳۸۰ش، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی دادگاههای عمومی و انقلاب، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی واحد علامه طباطبائی، ج ۶.
۱۶. صفایی، سید حسین، ۱۳۷۷ش، مقاله «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۰.
۱۷. طبرسی، امین الاسلام، ۱۴۱۰ق، المؤلف من المختلف بین أئمة السلف، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ج ۱، ۲.
۱۸. فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱، ۷ و ۱۰.
۱۹. فاضل مقداد، جمال الدین، ۱۴۱۹ق، کنز العرفان فی فقه القرآن، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ج ۱، ۲.
۲۰. قماش، محمد سعید، ۱۳۷۶ش، «قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ش ۱۰.





۲۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۹ش، اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی مدنی، تهران، بنیاد

حقوقی میزان، چ ۸.

۲۲. لیو، جولیان، دی.ام، مستلیس، لوکاس ای و کرول، استفان ام، ۱۳۹۱ش، داوری

تجاری بین المللی تطبیقی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، انتشارات دانشگاه مفید، چ ۱.

۲۳. مافی، همایون، تقی پور، محمد حسین، ۱۳۹۶ش، مقاله «ماهیت حقوقی نهاد داوری»،

فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۶، ش ۲۱.

۲۴. محبی، محسن، ۱۳۷۸ش، مقاله «نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی»، مجله حقوقی

دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ش ۲۴.

25. Belohlavek, Alexander J. (2011), The Legal Nature of International Commercial Arbitration and the Effects of Conflicts between Legal Cultures, Law of Ukraine/Pravo Ukrainy, No. 2, pp. 18-31

26. Born, Gary. (2014), International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, Volume1

27. Fan, Kun, (2021), Arbitrator's Contract, in Bjorklund A; Ferrari F; Kroll S(ed.), Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration, Cambridge University Press.

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

29. Gaillard, Emmanuel. (2012), Legal theory of international arbitration, Leiden; Brill.

30. Good, Roy. (2001), The role of lex loci arbitri in international commercial arbitration, The Journal of Lcia Worldwide Arbitration. No.17, pp19-39

31. Lew, Julian D. M. (1978), Application International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards, New York: Oceana, 1978

32. Lew, Julian D. M. (2006), Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, 22(No.2) Arbitration International pp179-203

33. Lynch, Katherine. (2003), The Forces of Economic Globalization, (challenge to the Regime of international commercial arbitration), Kluwer Law International, London.New York.





34. Mann Francis, (1986), The UNCITRAL Model Law – Lex Facit Arbitrum, Arbitration International, Oxford academic; Volume 2, Issue 3, Pp. 241–261
35. Mann, Francis, (1976), Lex Facit Arbitrum', in International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke. Pieter Sanders. The Hague, Martinus Nijhoff, 157-183.
36. Michaels, Ralf. (2021), Is Arbitration Autonomous, from Part II - International Commercial Arbitration as a Transnational Justice System, Published online by Cambridge University Press: 08 October 2021
37. Onyema, Emilia. (2010), International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract, Routledge, London & New York.
38. Paulsson, Jan. (2013), The idea of arbitration, Oxford ; New York : Oxford University Press.
39. Sammartano, Rubino, Mauro. (1990), International Arbitration Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, Netherlands.
40. Steingruber, Andrea Marco, (2012), Consent in International Arbitration, Oxford International Arbitration Series.
41. Synkova, Sandra, (2013), Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award, Springer International Publishing Switzerland
42. Triva, Sinisa, (2000), Arbitration and Public Policy: Constitutional Complaint as Means for Setting Aside Arbitral Awards, 7 Croatian Arbitration Yearbook pp 115-135
43. Yu, Hong-lin. (2004), Explore the Void- An Evaluation of Arbitration Theories-part 1, International Arbitration Law Review, Vol 7
44. Yu, Hong- lin. (2008), A THEORETICAL OVERVIEW OF THE FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Contemporary Asia Arbitration Journal: Volume 1, Issue 2
45. Yu, Hong-lin & Sauzier, Eric, (2000), From arbitrator's immunity to the fifth theory of international commercial arbitration, International Arbitration Law Review, 3 (3), pp. 114-121

Sources:

The Holy Quran

- 1- Ibn Baraj, Abd al-Aziz, 1406 AH, Al-Muhadzb, Qom, Jame Moddaresin, vol. 2.
- 2- Asadinejad, Mohammad, 1378, International Commercial Arbitration of Iran and UNCITRAL, Gilan University Publication, 1st Edition.





- 3- Gaafary Langroudi, Mohammad Jafar, 1376, Legal Encyclopaedia, Tehran, Amirkabir Publications, 5th Edition, Vol3.
- 4- Haeri, Seyyed Kazem, 1415 Al Ghaza Fe al feghh al eslamy; Qom, Jamal al-Fikr al-Islami, 1st Edition.
- 5- Helli (Mohaghegh), Najm al-Din Jafar ebn Hasan, 1408, Sharia al-Islam, Qom, Ismailian Institute, 2th edition, Vol4.
- 6- Helli (Allameh), 1412, Mokhtalaf al Shiat in Al-Ahkam al-Sharia; Qom, Islamic Publishing Institute, 1st Edition, Vol 7.
- 7- Khodabakhshi, Abdullah, 1397, Laws of Claims and Requirements of Comparative Arbitration Laws, Tehran, Publishing Company, 1th edition.
- 8- Khazaei, Hossein, 1386, International Trade Law, Arbitration, Tehran, Qanun Press, 1st Edition, Vol.7.
- 9- Rouhani, Seyyed Mohammad Sadiq, 1412 AH, Fiqh al-Sadiq, Qom, Dar al-Kitab Institute, 3rd Edition, Vol 22.
- 10- Seifi, Seyyed Jamal, 1377, "Iran's International Commercial Arbitration Law Aligned with UNCITRAL Model Law", Legal Journal of International Legal Services Office, No. 23.
- 11- Sarikhani, Adel and Mousavi, Seyyed Heidershah, 1401, article "Evidential Obstacles of Judicial Justice in Islam, Criminal Law of Afghanistan and France", Quarterly Journal, Comparative Research of Islamic and Western Laws, 9 (1).
- 12- Shams, Abdullah and Bathai, Farhad, 1394, article "The Legal Nature of Arbitration", Legal Research Quarterly, Vol. 70.
- 13- Shahid Thani, 1413, Masalak al-Afham Ela Tangheh Sharia al-Islam, Qom: Institute of Al-Maarif al-Islamiyah, 1st Edition, vol. 14.
- 14- Sheikh Tusi, 1397, Al-Khalaf, Qom: Islamic Publication Office affiliated to the Moddaresin Community, 1st Edition, Vol.4 & 6.
- 15- Sadrzadeh Afshar, Seyyed Mohsen, 1380, Civil and Commercial Procedures of General and Revolutionary Courts, Tehran, Academic Jihad Publications, Allameh Tabatabai Branch, 6th Edition.
- 16- Safai, Seyyed Hossein, 1377, article "A few words about the innovations and shortcomings of the international commercial arbitration law", Journal of the Faculty of Law and Political Sciences, p. 40.
- 17- Tabarsi, Amin al-Islam, 1410 A.H., al-Mu'talif Man al-Makhil between the Imams of the Salaf; Islamic Research Council, Mashhad, Ch1, Vol2.
- 18- Fazel Handi, 1416 AH, Kashf al-Latham and al-Ibham an Ghavaed Ol al-Ahkam, Qom, Islamic Publication Institute, ch.1, vol.7 and 10.

- 19- Fazel Meqdad, Jamal al-Din, 1419 AH, *Kenz al-Irfan fi Fiqh al-Qur'an*, World Assembly of Approximation of Islamic Religions, Vol. 1, Vol. 2.
- 20- Qanafi, Mohammad Saeed, 1376, the article "Qazi Tahakim or the policy of privatization of judgment", *Fiqh Ahl al-Bayt (PBUT) magazine*, No 10



فصلنامه پژوهش تبیین حقوق اسلام و غرب - مقاله پژوهشی - سال نهم - شماره دوم - پیاپی ۱۴۰



- 21- Katouzian, Nasser, 1389, validity of the adjudicated matter in civil lawsuits, Tehran, Mizan Legal Foundation, 8th Edition.
- 22- Lew, Julian, D.M., Mastellis, Lucas E. and Kroll, Stephen M., 2013, Comparative International Commercial Arbitration, translated by Dr. Mohammad Habibi Majandeh, First Edition, Mofid University Press.
- 23- Mafi, Hodayun & Taghipur, Mohammad Hosein, 1396, Article "Legal Nature of Arbitration Institution", Private Law Research Quarterly, Year 6, No. 21
- 24- Mohebi, Mohsen, 1378, Arbitration system of the International Chamber of Commerce, Legal Journal of International Legal Services Office, No24

