

Submit Date: 14 April 2025
Revise Date: 19 July 2025
Accept Date: 27 July 2025
Publish Date: 31 December 2025

The Encyclopedia of Comparative Jurisprudence and Law

Examination of Legal Theories on the Nature of International Commercial Arbitration with an Approach to the Source of the Arbitrator's Authority

Mehdi Tehrani^{*1}, Leila Bagelan²

1. MA student, Department of Private Law, University of Qom, Qom, Iran.
2. MA, Department of Law, Mofid University, Qom, Iran.

* Corresponding Author's Email: m.tehranii2014@gmail.com

ABSTRACT

The institution of arbitration is a universal establishment rooted in the agreement between the parties and must be administered and organized in accordance with the principles of contract. However, determining the nature of this institution has always been subject to significant challenges and divergent views among scholars in this field. The arbitration agreement, over the past two decades, has increasingly been recognized as an ambiguous phenomenon in the procedural relations of arbitral disputes, which has led to the development of various theories to explain its nature. The primary source of ambiguity lies in the origin of the arbitrators' authority, with some scholars considering this authority to be "contractual" and others viewing it as "jurisdictional," each carrying different implications and consequences. The present study seeks to examine judicial theories concerning international commercial arbitration. Specifically, the article aims to answer the question: how can the nature of the arbitration institution be accepted within the framework of judicial theories? In response to this question, the study advances the hypothesis that under the judicial theory, the arbitrator should be regarded as a "judge," and arbitral awards should be deemed to have been issued by the national court.

Keywords: Arbitrator's jurisdiction, nature of international commercial arbitration, territorial theory, office theory, privilege theory.

How to cite: Tehrani, M., & Bagelan, L. (2025). Examination of Legal Theories on the Nature of International Commercial Arbitration with an Approach to the Source of the Arbitrator's Authority. *The Encyclopedia of Comparative Jurisprudence and Law*, 3(4), 1-17.



تاریخ ارسال: ۲۵ فروردین ۱۴۰۴
 تاریخ بازنگری: ۲۸ تیر ۱۴۰۴
 تاریخ پذیرش: ۵ مرداد ۱۴۰۴
 تاریخ چاپ: ۱۰ دی ۱۴۰۴

دانشنامه فقه و حقوق تطبیقه

بررسی نظریه‌های حقوقی ماهیت داوری تجاری بین‌المللی با رویکرد منشأ اختیار داور

مهدی طهرانی^{۱*}، لیلا باجلان^۲

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران.

۲. کارشناسی ارشد، گروه حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

* پست الکترونیک نویسنده مسئول: m.tehranii2014@gmail.com

چکیده

نهاد داوری، تأسیسی جهان‌شمول است که ریشه در قرارداد فی‌مابین طرفین دارد و می‌بایست بر طبق اصول قرارداد، مدیریت و سامان‌دهی گردد؛ اما این که این نهاد از چه ماهیتی برخوردار است، همواره با چالش‌ها و اختلاف نظریه‌های گسترده‌ای در میان نویسندگان این حوزه روبه‌رو بوده است. قرارداد داور، طی دو دهه گذشته به‌عنوان پدیده‌ای مبهم در روابط دادرسی دعاوی داوری، بیش از پیش شناخته‌شده و همین امر، موجب ارائه نظریه‌های متفاوت به منظور تبیین این ماهیت شده است. آنچه بیش از همه موجب ابهام شده، منشأ اختیار داوران است که برخی صاحب‌نظران این اختیار را «قراردادی» و عده‌ای نیز آن را «صلاحیتی» دانسته‌اند؛ که هر یک دارای آثار و نتایج متفاوتی هستند. پژوهش حاضر، در صدد بررسی نظریه‌های قضایی مربوط به داوری تجاری بین‌المللی بر آمده است. مقاله، به‌طور خاص، در پی پاسخ‌گویی به این پرسش است که ماهیت نهاد داوری در قالب نظریات قضایی چگونه قابل پذیرش است؟ در پاسخ‌گویی به پرسش فوق، این فرضیه را مطرح می‌سازیم که در نظریه قضایی، باید به داور به‌عنوان «قاضی» نگریسته شده، و آراء داوری از سوی دادگاه ملی صادر گردد.

کلیدواژگان: صلاحیت داور، ماهیت داوری تجاری بین‌المللی، نظریه قلمرویی، نظریه منصب، نظریه امتیاز.

شرایط قانونی داور و استقلال او در نظام حقوقی ملی متمرکز است.

در این بخش پنج دیدگاه اصلی بررسی می‌شود:

۱. نظریه قلمرویی
۲. نظریه قراردادی
۳. نظریه ترکیبی
۴. نظریه استقلال
۵. نظریه‌های امتیازی

نظریه قلمرویی

این دیدگاه داور را ناشی از حاکمیت و اقتدار دولت می‌داند؛ هرگونه رسیدگی در قلمرو یک کشور، مشمول نظارت و قوانین ملی است (Solhchi & Nejandi Monesh, 2012). بر این اساس، اعتبار توافق‌نامه داور، تشریفات، اختیارات داور و رأی نهایی همگی تابع «قانون محل داور» است. نظریه بر این فرض استوار است که حتی ارجاع به داور بین‌المللی بدون اجازه و قانون مشخص دولت محل داور ممکن نیست (Onyema, 2010). لذا آزادی طرفین برای انتخاب داور از سوی نظام حقوقی داخلی اعطا می‌شود و در چارچوب محدودیت‌های همان نظام باقی است (Solhchi & Nejandi Monesh, 2012).

هونگ-لین یو تأکید می‌کند که هرچند داور ریشه در توافق دارد، اعتبار توافق‌نامه و رأی داور نیازمند نظارت قوانین ملی و شناسایی در کشور اجراست (Mistelis, 2001). مان نیز معتقد است کنترل مراجع قضایی محل داور بر وجود، ترکیب و فعالیت دیوان اجتناب‌ناپذیر است و حاکمیت داخلی تنها به اندازه آزادی‌های اعطاشده کنار می‌رود (Mann, 1986). بنابراین، اهلیت طرفین و قابلیت داور موضوع، تابع قوانین شخصی ایشان است؛ هرگاه موضوع در نظام حقوقی مربوطه قابل داور نباشد، دولت از توافق یا رأی حمایت نمی‌کند (Asouzu, 1995).

مقدمه

داوری، دادرسی مورد تأیید قانون است که به موجب آن یک یا چند فرد مستقل دعوی را استماع و رأی می‌دهند. (شیروی، ۱۳۹۳: ۶۳۰). قرارداد داور هم حقوق و هم تعهدات طرفین و داور را معین می‌کند. در عرصه بین‌المللی نیز معاهدات، حل اختلاف از طریق داور را پیش‌بینی کرده‌اند. خاستگاه اصلی این قرارداد، اراده‌ی آزاد طرفین است؛ اما همواره میان این اراده و قواعد آمره کشمکش بوده است. در مسائل نوپدید مانند مالکیت فکری یا انتخاب قانون حاکم نیز همین ابهام تکرار می‌شود (Habibi Mojandeh, 2019b). مؤلفان دو هدف اصلی برای داور برمی‌شمارند:

- ۱) حل منصفانه و سریع اختلاف توسط مرجعی بی‌طرف
- ۲) آزادی طرفین در توافق بر نحوه‌ی حل اختلاف، مشروط به رعایت مصلحت و نظم عمومی (Habibi Mojandeh, 2019c).

توافق‌نامه‌ی داور هم ذاتاً قراردادی است و هم قضایی؛ اگر صلاحیت محاکم ملی را نفی کند، جنبه‌ی قضایی و اگر صرفاً اختیار رسیدگی را به داور واگذارد، جنبه‌ی قراردادی دارد. این مقاله پس از بررسی مبنای قراردادی و سپس ماهیت نظریه‌های قضایی و قراردادی، نتیجه می‌گیرد که در نظریه‌ی قضایی، داور تا زمانی که سمت نمایندگی از دولت نگیرد، صلاحیت رسیدگی ندارد؛ از این‌رو دخالت دولت در این دیدگاه حیاتی است.

ماهیت قرارداد داور

داوری ریشه‌دار در توافق طرفین برای پیروی از رأی شخص ثالث، سابقه‌ای تاریخی دارد و آرای متعدد و رویه‌های بین‌المللی گواه آن‌اند. درباره‌ی ماهیت آن میان حقوقدانان اختلاف است (Habibi Mojandeh, 2019a). به گفته‌ی پروفیسور جولیان لو، شناسایی ماهیت داور «کلید شناسایی معیارهای قانونی و غیرقانونی در دسترس داوران در اختلافات تجاری بین‌المللی» است (Mustill, 1989: 43) بنابراین، هر نظریه‌ی حقوقی بر

قوانین مدرن اختیار وسیعی به طرفین و داور می‌دهند، لیکن دولت‌ها در قلمرو خود صرفاً برای تأمین حداقل‌های نظم عمومی و آیین دادرسی مداخله می‌کنند (Lew et al., 2003). اجرای دوگانه آراء در دوران کنوانسیون‌های ۱۹۲۳ و ۱۹۲۷ نماد دخالت دولت بود، اما امروزه احکام داوری در همان مرتبه احکام محاکم ملی شناخته می‌شوند و «اعتبار امر مختومه» می‌یابند.

کنوانسیون نیویورک در مواد V(1)(d) و (e) اهمیت قانون محل داوری را می‌پذیرد؛ رأی می‌تواند در همان محل ابطال و در جای دیگر اجرا نشود (Mistelis, 526-527). با این حال، رویه اخیر محاکم - مانند رأی هیلمارتون - نشان می‌دهد که اهمیت قانون محل داوری رو به کاهش است. انعطاف در تعیین یا تغییر مکان داوری حتی پس از آغاز دادرسی، رشد داوری سازمانی و پیشرفت فناوری، همگی بر افول ارتباط مستمر نظریه قلمرویی دلالت دارند (Kleinheisterkamp, 2005; Tang & Wang, 1998). با این وجود، تا زمانی که طرفین و مشاورانشان در انتخاب محل داوری آگاهانه عمل می‌کنند، نظریه قلمرویی همچنان کاربرد خود را حفظ خواهد کرد.

نظریه قراردادی

طرفداران نظریه قراردادی، استقلال اراده طرفین را اساس داوری می‌دانند و معتقدند ماهیت آن صرفاً قراردادی است؛ قانون محل داوری نقش تعیین‌کننده ندارد (Lew, 1978).

با این دیدگاه، فرایند داوری مطابق مفاد توافق‌نامه آغاز، اجرا و پایان می‌یابد و اصل آزادی اراده حاکم است؛ بنابراین رأی صادره نیز «کارگزار» همان قرارداد به‌شمار می‌رود. مرلین و فوئلیکس داور را «وکیل» طرفین می‌خوانند که با پذیرش انتصاب، از سوی موکلان خود اختیار صدور رأی می‌گیرد؛ لذا رأی، قراردادی است که در دادگاه‌ها نه به‌عنوان حکم، بلکه به‌عنوان قرارداد اجرانشده قابل پیگیری است (Yu & Sauzier, 2000).

در برابر این دیدگاه، واقعیت‌ها سه نکته را برجسته می‌کند:

- (۱) داور هرگز «وکیل» طرفین نیست؛ او به نمایندگی از هیچ‌یک عمل نمی‌کند و نقش قضایی مستقل دارد.
 - (۲) اختیارات و الزامات داور تا حدی از قانون محل داوری سرچشمه می‌گیرد؛ او باید مقررات اجباری و نظم عمومی آن کشور را رعایت کند تا رأی قابل اجرا شود.
 - (۳) اهلیت طرفین برای انعقاد توافق‌نامه داوری و قابلیت داوری موضوع، نخست باید در قوانین شخصی ایشان تصریح شده باشد؛ این اختیار نه از خلأ، بلکه از قواعد ملی ناشی می‌شود.
- بنابراین، نظریه قراردادی نمی‌تواند نقش واقعی دولت‌ها را در نظارت و اجرا نادیده بگیرد. در عمل، رأی داور «حکم قطعی» محسوب می‌شود و طرفی که به دنبال اجراست، به جای استناد به قرارداد محض، مستقیماً درخواست شناسایی و اجرای آن را در دادگاه ملی مطرح می‌کند. کنوانسیون نیویورک در ماده (IV) همین رویه را تثبیت کرده است (Onyema, 2010). نهایتاً، حقوق نوین سرمایه‌گذاری خارجی نیز با تقویت نقش قرارداد، از این نظریه حمایت می‌کند؛ سرمایه‌گذاران خارجی برای طرح دعوی علیه دولت‌های میزبان، همچنان بر توافق داوری متکی‌اند (Habibi Mojandeh, 2019c).

نظریه ترکیبی یا آمیخته

نظریه ترکیبی میان دو دیدگاه قلمرویی و قراردادی سازش می‌جوید؛ معتقد است داوری نه کاملاً مستقل از نظام‌های حقوقی است و نه صرفاً فرآورده اراده خصوصی (Yu & Sauzier, 2000). سوسرهای آن را «نهاد قضایی ترکیبی» می‌نامد که هم ریشه در توافق طرفین دارد و هم برای اعتبار و اجرا باید حداقل الزامات حقوق عمومی (قلمرویی) را احراز کند. بدین ترتیب اعتبار توافق‌نامه داوری با معیارهای عمومی قراردادها سنجیده می‌شود، جریان رسیدگی از اصول ملی تبعیت می‌کند و اجرای رأی در دادگاه‌های ملی صرفاً «تشریفات صورت‌بندی» است.

نظریه امتیاز و در اصل توسط استوکس^۲ به منظور توصیف ظهور شرکت مدرن به عنوان موسسه حقوقی با شخصیت حقوقی کامل در حقوق شرکت‌ها به کار برده شد. هونگ – لین یو^۳ و اریک سائوزیر^۴ این نظریه را اقتباس و برای توصیف ماهیت قضایی داوری بین‌المللی اعمال کردند (Yu & Sauzier, 2000). بحث نظریه‌پردازان امتیاز این است که سابق بر این، داوری رابطه‌ی قراردادی بین طرفین اختلاف و داوران با رعایت نظارت قانونی نادر یا بدون نظارت قانونی بوده است. بعد از آن دولت‌ها با وضع قوانین مختلف و نظارت بر رویه‌ی داوری اقدام به مداخله در این زمینه کردند. این قوانین امتیازات مختلفی را از طرف دولت به طرفین اختلاف و داوران مکانیزم داوری معرفی می‌کنند که توسعه‌ی داوری را میسر می‌سازند. طرفداران نظریه امتیاز آن را از نظریه تفویض^۵ که در آن دولت منحصرأً برخی از اختیارات خود را به داوران تفویض می‌کند، متمایز می‌سازند. همچنین آن را از نظریه ترکیبی متفاوت می‌دانند با این ادعا که دخالت دولت، «حمایتی» است و طرفین اختلاف در هر زمانی قبل و بعد از رسیدگی یا در طول آن می‌توانند به دولت رجوع کنند. به عبارتی حضور دولت در سایه بوده و نقش حمایتی دارد نه مداخله‌جویانه. نظریه‌پردازان امتیازی در خصوص داوری بین‌المللی استدلال می‌آورند که دولت‌های مختلف با عضویت در کنوانسیون و معاهدات مختلف بین‌المللی استدلال می‌آورند که دولت‌های مختلف با عضویت در کنوانسیون‌ها و معاهدات مختلف بین‌المللی داوری امتیازات متقابل به هم می‌دهند. در این خصوص یو و سائوزیر توضیح می‌دهند که امتیاز می‌تواند به مؤسسات زیادی اعطا گردد و یک دولت می‌تواند برخی از اختیارات خود را

ردفرن و هانتر خلاصه می‌کنند: «داوری آمیخته با توافق خصوصی آغاز می‌شود، به شیوه خصوصی ادامه می‌یابد و با حکمی خاتمه می‌یابد که اثر الزام‌آور دولتی دارد و در سراسر جهان به رسمیت شناخته می‌شود (Redfern & Hunter, 1999). با این حال، نظریه ترکیبی همچنان به نقش نهادهای داوری و امکان عمل نیمه‌مستقل یا کاملاً مستقل آن‌ها توجه کافی ندارد؛ وجود چنین نهادهایی تغییری در ساختار استدلال آن ایجاد نکرده است.

نظریه استقلال

نظریه استقلال که نخستین بار توسط روبلین-دویچی (۱۹۶۵) ارائه شد، داوری بین‌المللی را نظامی خودبسنده می‌داند که از هر سیستم ملی جدا و در «حقوق عرفی بازرگانی» مستقل متحول می‌شود (Lew, 1978). بر این اساس، طرفین آزادند قانون یا قواعد غیرملی – مانند مقررات سازمانی یا عرف تجاری بین‌المللی – را برای حل اختلاف برگزینند (Nikbakht, 2014). این رویکرد مکان‌زدایی (delocalisation) را ترویج می‌کند و استقلال طرفین را نیروی محرکه اصلی داوری می‌شمارد (Lew, 1978). در عمل، کاربران تجاری هستند که با تقاضای خود سازمان‌ها و قواعد داوری را متحول کرده‌اند، نه دولت‌ها. آنسیترا نیز با تدوین متون متحول مانند الگوی قانونی داوری، به این گرایش جهانی پاسخ داده است (Paulsson, 1981). با این حال واقعیت امروز آن است که قانون محل داوری و محل اجرا همچنان صلاحیت تعیین اهلیت، قابلیت داوری و نظم عمومی را دارند و در بسیاری از قلمروها دادگاه‌ها هنوز داوری را کاملاً مستقل از نظام ملی نمی‌پندارند.

نظریه امتیاز^۱

۱. منبع اختیارات قاضی و داور متفاوت است. قاضی اختیارات خود را از قانون می‌گیرد و داور از توافقنامه طرفین؛ اما داوری‌های کنونی می‌تواند در زمره تئوری تفویض قرار بگیرد.

1. The Concession

2. Stokes

3. Hong – lin yu

4. Eric Scuzzier

5. Delegation

به طرفین اختلاف، داوران، داوری یا حتی به دولت دیگر واگذار کند (Yu & Sauzier, 2000).

در اعمال این نظریه و مسئله‌ی مصونیت داوری، یو و سائوزیر استدلال می‌کنند که مصونیت داوری یک امتیاز از طرف دولت بر داوران به دلایل نظم عمومی است. این نظریه در بسیاری از قلمروها مشروط به عمل داور از روی حسن نیت است، این دو نظریه‌پرداز توضیح داده‌اند که مصونیت داوری عمل اعطای امتیاز به حساب می‌آید. از طریق این امتیاز جمعی که بسیاری از دولت‌ها به داوران می‌بخشند، مصونیت بین‌المللی مطرح می‌شود (Yu & Sauzier, 2000)؛ بنابراین این واقعیت که بسیاری از دولت‌ها مطابق با قوانین ملی‌شان به داوران امتیاز (به هر شکلی) اعطاء می‌کنند، مصونیت داوری را امتیازی اعطاشده از جانب دولت‌ها تلقی می‌شود.

نظریه‌پردازان اذعان کرده‌اند که این نظریه می‌تواند به دلیل اهمیت زیادی که مداخله یا امتیاز دولت می‌دهد، مورد انتقاد واقع شود. با این حال، دولت‌ها هنوز هم با اجرای قوانین نظم عمومی و قوانین آمره در داوری بین‌المللی حرف آخر را می‌زنند. نظریه‌پردازان امتیازی در پاسخ به نظریه مکان زدایی اظهار می‌کنند که امتیاز قطعی از جانب دولت‌ها، بار دیگر به دلیل نیاز هر دولت به حمایت از نظم عمومی و اعمال قوانین آمره، عملی نخواهد شد.

طرفداران نظریه امتیاز اذعان می‌کنند که شالوده‌ی قراردادی داوری بین‌المللی مبتنی بر توافقنامه داوری است. آن‌ها بر این نظر تاریخی داوری باور دارند که در آن اهمیت و ارتباط مستمر دولت‌ها را به مثابه موجودیت‌های^۱ قلمروی دارای اختیار عالی نسبت به رویدادهای قلمروشان در نظر می‌گیرند. نقطه‌ی عزیمت نظریه قلمرویی این واقعیت است که ضرورتاً قانون مکان یا محل داوری نیست که مرتبط به این مسئله است بلکه مفهوم خود حاکمیت^۲ و اعمال اختیارات حاکمیتی است.

اعمال نظریه امتیاز در عرصه قابلیت داوری واضح‌تر است (درست مثل نظریه قلمرو). صرفاً اختلافاتی با موضوع مشخص از طرف دولت که در حیطه‌ی اختیار انحصاری آن قرار دارد و قابلیت حل و فصل به وسیله داوری را دارند، می‌تواند قابلیت داوری داشته باشد. نادیده گرفتن چنین مفادهایی می‌تواند حکم صادره را برای مثال مطابق با ماده ۵/۲ ا کنوانسیون نیویورک غیر قابل اجرا کند. حیطه‌ی دیگری که نظارت قانونی دولت بدیهی است اعطای اهلیت انعقاد توافقنامه داوری به طرفین اختلاف است. از آنجایی که توافقنامه داوری عقد و قرارداد به حساب می‌آید، طرفین آن باید اهلیت قانونی بر انعقاد قرارداد داشته باشند، به طوری که هرگاه طرف قرارداد داوری فاقد اهلیت قراردادی به تشخیص دولت (در مواقع اقامت یا ملیت یا ثبت) باشد، آن وقت ارجاع به داوری شکل نمی‌گیرد.

نظریه‌پرداز امتیازی همچنین نقش نهادهای داوری را در ارجاع داوری‌های بین‌المللی بررسی کرده و به این نتیجه رسیده است که حتی در چنین ارجاعات، محاکم و قوانین یک دولت خاص (نه ضرورتاً یک دولت) هنوز هم مرتبط است خواه به آن متوسل گردند یا نه.

واقعیت محض این است که طرفین در یک ارجاع خاص به قانون یا محاکم خاص دولتی در خلال داوری‌شان متوسل نمی‌شوند و این فی‌نفسه به این معنا نیست که نهادهای دولتی بی‌ارتباط با ارجاع داوری خاص نیستند. عدم ارجاع به محاکم و قانون دولتی به معنای عدم وجود آنان نیست. دیوان داوری به الزامات نظم عمومی مکان داوری توجه کرده و از آن پیروی می‌کند. این امر از زمانی چنین است که احتمال دارد زمینه را برای فسخ رأی داوری فراهم سازد و بر تعهد قانونی به ارائه رأی قابل اجرا تأثیر بگذارد. از تحلیل فوق، توصیف نظریه امتیاز به مثابه‌ی نظریه نیمه – مستقل داوری بین‌المللی ممکن است که بدون حذف کامل داوری بین‌المللی از

². Statehood.

¹. entities.

نظر عده‌ای دیگر رابطه‌ای وجود دارد و این رابطه بر مبنای قرارداد است.

رابطه‌ی بین طرفین اختلاف و داور بر مبنای اصول قرارداد است و نه موقعیت مقام داور. همچنین برخی مفسرین هستم که ماهیت حقوقی ارتباط بین داور و نهاد داورى مبتنی بر حقوق قراردادهای است. تحلیل این قرارداد گواه این است که نهاد داورى مطابق با ارجاع به سازمان داورى این قرارداد را در مقام وکیل یا نماینده طرفین اختلاف (اما نه داور) منعقد خواهد کرد. اثر این تحلیل در چارچوب قراردادی بررسی شده این است که هرگاه سازمان در مقام وکیل با داور قرارداد می‌بندد، قرارداد داور بین داور و سازمان خواهد بود، به‌طوری‌که قراردادی بین طرفین اختلاف و سازمان وجود نخواهد داشت. باین‌حال، برخی از مفسرین بحث می‌کنند که هرگاه سازمان این قرارداد را در مقام نماینده منعقد می‌کند، بین سازمان و طرفین اختلاف یک قرارداد خواهد بود و قراردادی دیگری داور و طرفین اختلاف وجود خواهد داشت. با دیدگاه اخیر، می‌توان مخالفت نمود، چون اگر سازمان در مقام نماینده قرارداد منعقد کند، طرفین اختلاف در قبال این قرارداد در مقام اصیل مسئول خواهد بود. در چنین شرایطی یافتن قرارداد مجزا بین داور و طرف اختلاف در این شرایط ضروری نیست. به‌منظور تکمیل این تحلیل، بررسی ماهیت حقوقی ارتباط بین خود داوران آشکار می‌کند که آن فاقد هرگونه مبنای قراردادی واضح است، به‌طوری‌که قراردادی بین خود داوران وجود ندارد.

مرور تفاسیر مربوط به ماهیت رابطه بین طرفین اختلاف و داور تمایز وسیعی بین دو نظریه را نشان می‌دهد (-Rubino, 1992, Sammartano). یک نظریه بر مبنای قرارداد است، درحالی‌که نظریه دیگر این ارتباط را بر مبنای منصب یا مقام داور توجیه می‌کند. نظریه مبتنی بر قرارداد می‌تواند به نظریه فرعی نمایندگی و وکالت تقسیم شود. از این دو متغیر مفسرین برای

دسترسی دولت‌ها که می‌تواند به آن مرتبط گردد، متوقف شود، درعین‌حال که آثار محدودیت‌های مختلف بر استقلال طرف با تأثیر آن بر داورى بین‌المللی به رسمیت شناخته شود. قانون و رویه داورى تجاری بین‌المللی در حال حاضر از اعتبار خوب در جامعه تجاری بین‌المللی برخوردار است و منصفانه است گفته شود که حل و فصل اختلافات بین‌المللی با سازوکار داورى اکنون یک قاعده کلی است و نه یک استثناء.

بنابراین، مباحث مطرح‌شده از جانب طرفداران نظریه‌های قضایی و قراردادی دیگر پاسخگوی شرایط فعلی امور نیست. مباحث هواداران نظریه امتیازی به‌طور ناعادلانه معیار قدرت را به نفع حاکمیت کشور وارونه می‌کند، درحالی‌که فرضیه‌های نظریه استقلال همچنان در رویه داورى بین‌المللی سیمای واقعی دارد و همچنان تفاسیر نظریه ترکیبی یا مختلط را بازتاب می‌دهد.

نظریه‌های ارتباط

باور کلی بر این است که ارتباط بین طرفین اختلاف فی‌نفسه بر مبنای توافقنامه داورى به‌مثابه قرارداد مستقل قراردادی است. در خصوص ماهیت حقوقی ارتباط بین طرفین اختلاف و داوران، برخی از مفسرین حقوقی این ارتباط را مبتنی بر مقام^۱ یا منصب^۲ می‌دانند برخی دیگر هم مبتنی بر قرارداد و عده‌ای هم اظهار می‌کنند که این ارتباط ترکیبی و بخشی بر مبنای قرارداد و بخشی منصبی است.

چندین مفسر به دنبال بررسی ماهیت ارتباط بین طرفین اختلاف و نهاد داورى و بین داور و نهاد داورى بوده‌اند. مفسرین حقوقی عموماً توافق می‌کنند که رابطه بین نهاد داورى و طرفین اختلاف قراردادی است. باین‌حال، اتفاق‌نظری در خصوص ماهیت حقوقی رابطه بین داور و نهاد داورى وجود ندارد. از نظر برخی مفسرین رابطه‌ی حقوقی بین داور نهاد داورى وجود ندارد، درحالی‌که در

². office

¹. status

توجیه شرایطی استفاده کرده‌اند؛ که طرفین اختلاف مشترکاً داوران را انتصاب (نصب) نمی‌کنند. نظریه سوم این است که کدام یک ترکیبی یا مختلط نام‌گرفته، کدام درصدد سازش دادن نظریه‌های قرارداد و موقعیت مقام است. این نظریه ارتباطات را در ماهیت قرارداد و موقعیت مقام و یا منصب و قرارداد با توجه به نقطه‌ی آغاز تحلیل توجیه می‌کند. در این بخش، مروری بر پیشینه‌ی موجود و نوشته‌های علمی در خصوص هر نظریه به‌طور خلاصه در سه عنوان عرفی توضیح داده می‌شود.

نظریه مقام یا منصب

طرفداران اصلی این نظریه در نظام حقوقی کامن‌لا لرد مایکل ماستیل^۱ و استورات بوید^۲ هستند. آن‌ها در رساله خود با عنوان «قانون و رویه داورى تجارى در انگلستان» در خصوص این نظریه بحث می‌کنند و در آن ماهیت مرتبط حقوقی بین داور و طرفین اختلاف را مطابق حقوق انگلیس بررسی کرده‌اند. بر طبق نظریه‌ی ماستیل و بوید، سؤال ضروری که مطرح می‌شود این است که «آیا قبول انتصاب به‌عنوان داور موجب تحمیل وظایف حقوقی قابل اجرا بر طرفین می‌شود». برای پاسخ به این سؤال، آن‌ها از موضع تاریخی آغاز کردند که «از دیرباز، انتصاب در مقام داور یک ویژگی افتخاری محسوب می‌شد: چنین نبود که از داور انتظار برود که وظایفشان را بدون دستمزد انجام دهند، بلکه این انتصاب و توافق او به انجام داورى درعین حال به رسمیت شناختن جایگاه و شأن او و به رسمیت شناختن مسئولیت‌هایی است که این اشخاص مدیون سایر افراد فعال در همان تجارت هستند (Mustill & Boyd, 2001)».

به‌طور خلاصه، بحث به نفع نظریه مقام این است که وظیفه‌ی داور برای اقدام منصفانه یک تعهد قراردادی نیست بلکه گواه منافع دولت حاکم در داورى است. واقعیت جامع این است که

دولت‌های حاکم به‌اندازه‌ای که اختلاف انتظار یک رسیدگی عادلانه را دارند، تمایل به اقدام منصفانه‌ی داوران دارند. باین حال نقض این تعهد از طرف داور نقض قوانین آن برای دولت محسوب می‌گردد (ممنوع کردن این رفتار و احتمالاً تعیین مجازات به دنبال دارد)، درحالی‌که برای طرفین اختلاف، این نقض قراردادی به حساب می‌آید که با داور منعقد کرده‌اند (که احتمال مطالبه خسارت وجود دارد)؛ بنابراین، نفع دولت و طرفین اختلاف، باینکه مشابه است، منجر به نظام‌های مختلف خواهد شد. ماهیت نظریه مقام یا منصب این است که مقام داور آفریده‌ی قانون است. از لحاظ سلسله مراتبی، این امر تأثیر ترفیع داور به چند قدم بالاتر از طرفین اختلاف و هم‌ردیف با طرف دعوی و قاضی ملی است. نیروی رانش نظریه مقام، مقایسه‌ی قضایی داور با قاضی دولتی و بر همین اساس نیاز به توجیه محدودیت مسئولیت داور در مقابل طرفین اختلاف، بدون تمایز بین کارکرد قضایی داور (در مقام قاضی خصوصی و بنابراین محق حمایت قانونی مصونیت از شکایت به‌مانند قاضی مالی است). خدماتی که به طرفین ارائه می‌دهد، است. از این رو، مشکل اصلی نظریه مقیم یا منصب عدم توانایی در تمایز نقش قضایی داور و نقش قراردادی آن است. این موضوع این مسئله را طرح می‌کند که آیا کارمند^۳ دولت مانند قضات عمل می‌کنند یا نه (Mustill & Boyd, 2001).

طرفداران نظریه مقام مدعی هستند که این نظریه اختیار داور را بر تصمیم‌گیری که از لحاظ قانون طرفین اختلاف را متعهد می‌کند، اجرای تصمیم وی با حمایت از دولت و سازوکارهای اجرایی آن (درست مانند حکم دادگاه ملی) و این واقعیت را توجیه می‌کند که در برخی از قلمروهای قضایی (مانند انگلستان)، باینکه طرفین اختلاف داور خاص را به خاطر مهارتش انتخاب کرده، داور در مقابل طرفین در زمان قصور که به شیوه‌ی مسامحه کارانه

³. officer.

¹. Lord Micheal Mustill.

². Stewart Boyd.

طرفین اختلاف را در تفویض اختیار انتصاب به یک شخص ثالث به رسمیت می‌شناسد. باین حال، این قوانین بر مقررات سازمان‌های داوری نظارت ندارد. سازمان‌های داوری نهاد دولتی مانند دادگاه به حساب نمی‌آیند. به طوری که حتی هرگاه نهاد داوری یک داور را انتصاب می‌نماید، اختیارات انتصاب را از دولت نمی‌گیرد. اختیارات سازمان داوری و داوران انتخاب شده ناشی از توافقنامه داوری بین طرفین اختلاف است که مقررات داوری مربوطه در آن گنجانده شده است.

نظریه قراردادی

داوری ترتیباتی است مبتنی بر قرارداد که در برخی از موضوع‌های مورد اختلاف، طرفین خود را مطیع تصمیم یا تصمیمات شخص یا اشخاص منتخب قرار می‌دهند و به جای مراجعه به محاکم قضایی موجود در کشور به شخص یا اشخاص منتخب مراجعه می‌نمایند (Amir Mozzi, 2014). کلاوس لیونت در مورد ماهیت حقوقی ارتباط بین داور و طرفین اختلاف بر اساس قرارداد بحث می‌کند. او این مسئله را مطرح می‌کند که آیا بین داور و طرفین اختلاف قراردادی وجود دارد یا خیر، به خصوص که قوانین مربوط به داوری در این خصوص سکوت کرده است. او اشاره می‌کند که توافقنامه داوری صرفاً ارتباط حقوقی بین خود طرفین اختلاف ایجاد می‌کند و نمی‌تواند ناظر بر مقام داور باشد (Lionnet, 1999). این اختلاف عقیده‌ای است که در دادگاه استیناف انگلیس در قضیه هیوندای مطرح شد که به داور گفته شده بود طرف توافقنامه داوری بین طرفین اختلاف باشد. مورای اسمیت^۱ در موافقت با کلاوس لیون می‌نویسد: «قرارداد انتصاب (داوران) قراردادی مجزا و جدا با رعایت ضوابط و شرایط آن است (Smith, 1992)».

کلاوس لیونت در تحلیل خود مقام داور را از اختیارات تصمیم‌گیری آن متفاوت می‌داند، اختیاراتی که طرفین (از طریق

انجام وظیفه می‌کند و موجب ورود ضرر به طرفین می‌شود، مسئول نیست. این دخالت و حمایت دولت حمایت از این قضیه است که داور بر مبنای قرارداد با طرفین عمل نمی‌کند، بلکه به منظور بری شدن از تکلیفی است که دولت حاکم بر وی تحمیل کرده است (Lionnet, 1999). از قوانین و رویه‌ی داوری پیداست که حمایت دولت سازوکاری از خود داوری بوده و به منظور مؤثرتر ساختن فرایند و پیامد داوری با به رسمیت شناختن و اجرای حکم است که دولت آن را معادل با حکم یک دادگاه ملی می‌داند. در خصوص مصونیت از هرگونه طرح دعوی علیه داور مطابق با قوانین قضایی بر مبنای منصب و مقام با حتی به حمایت از این منصب و مقام نیست، بلکه بر اساس نیاز به حمایت از وظایف قضایی داوران است (Lane, 1994). مستندات اکثر قوانین داوری و آرای صادره از قلمروهای مختلف نشان می‌دهد که داوران از مصونیت قضایی برخوردار نیستند، درحالی که در برخی از کشورها از مصونیت کامل برخوردار هستند.

بررسی شخصیتی که قاضی یا داور را انتخاب و به وی دستمزد پرداخت می‌کند، در این تحلیل بسیار مهم است. طرفین اختلاف داور را انتخاب می‌کنند و به وی دستمزد پرداخت می‌کنند، درحالی که قاضی را دولت حاکم انتخاب کرده و از دولت دستمزد می‌گیرد. هرگاه طرفین اختلاف دعوی خود را نطق دادگاه ملی مطرح می‌کنند، هر آنچه را که قاضی حکم می‌کند، می‌پذیرند و مهم نیست که این قاضی چه مهارت و تخصصی دارد. همین موضوع هم از این دیدگاه حمایت می‌کند که تفاوت اساسی در نظریه و عمل بین مقام قاضی دادگاه ملی و مقام داور وجود دارد. نظریه مقام یا منصب ارتباط بین داور و سازمان داوری را در برنمی‌گیرد. این نهادها داور تعیین شده توسط طرفین اختلاف را تأیید یا انتصاب می‌کنند، چون این ارتباط خاص در بسیاری از قوانین ملی از لحاظ قانونی مقرر نگشته است. قوانین ملی اختیار

¹ Murray Smith.

توافقنامه داوری) به وی اعطا کرده‌اند (Lionnet, 1999). او توضیح می‌دهد که این کار به خاطر این است که وجود مقام داور در برابر توافقنامه داوری باطل بی‌اثر است. در این شرایط، داور مطابق با دکترین «اختیار دادگاه در تعیین صلاحیت خود»^۱، در خصوص اعتبار شرط داوری تصمیم می‌گیرد؛ بنابراین حقوق و تکالیفی که بین داور و طرفین اختلاف (از پذیرش انتصاب داور) جریان پیدا می‌کند، به‌موجب این واقعیت که داور تصمیم می‌گیرد که فاقد صلاحیت است یا توافقنامه داوری باطل است، تصمیم‌گیری می‌کند. این تصمیم داور به جریان رسیدگی داوری پایان می‌دهد اما هرگونه حقوق و تکالیفی که از پیش به‌موجب انعقاد قرارداد با طرفین اختلاف پدید آمده بود، قابل اجرا (مؤثر) باقی می‌ماند. داور با صدور رأی مطابق با قرارداد داور خدمات ارائه کرده و مستحق دستمزد است.

علاوه بر موارد فوق، طرفین اختلاف در اعمال اختیاراتشان به‌موجب اصل استقلال طرف می‌تواند به عمل رسیدگی داوری توسط داور نظارت کند و متفقاً به نیابت او پایان دهند. اعمال این اختیارات توسط طرفین اختلاف زمانی میسر است قراردادی بین طرفین اختلاف و داوران وجود داشته باشد و هرگاه این ارتباط موجب ایجاد قانونی شود، عملی نمی‌گردد؛ بنابراین نظریه قرارداد بر این نظر است که قرارداد داور مجزا از توافقنامه داوری است و قانون متفاوتی از قانون حاکم بر توافقنامه داوری ناظر بر آن است. درواقع، قرارداد داور از توافقنامه داوری سرچشمه می‌گیرد، اما مجزا از آن است و این نظریه ماهیت حقوقی ارتباط بین طرفین اختلاف و داوران را کامل‌تر بیان می‌کند. تعهدات و حقوق طرفین اختلاف و داوران از قرارداد بین آن‌ها ناشی می‌شود. هرگاه شروط خاص این قرارداد بر اساس قانون موضوعه مقرر گردد، شرایطی ایجاد می‌شود. مفادی که مطابق قوانین ملی ماهیتاً غیر الزامی هستند، شروط قرارداد داور را تکمیل می‌کند، به‌طوری‌که چنین

پنداشته می‌شوند که طرفین قرارداد بر آن‌ها توافق کرده‌اند. مفاد مطابق قوانین داوری ملی ماهیت الزامی داشته و به الزام قانون اعمال می‌شوند، به‌طوری‌که طرفین اختلاف و داوران نمی‌توانند از این مفاد عدول کنند. استناد به این قرارداد به‌عنوان قرارداد داور متمایز ساختن آن از توافقنامه داوری است. به‌علاوه، توافق حاصل می‌شود که رابطه‌ی بین طرفین اختلاف و سازمان داوری و رابطه‌ی داور و سازمان داوری بر اساس قرارداد به‌طور مناسب تشریح می‌شود (Gaillard, 1992).

پس از شناسایی و انتخاب نظریه قراردادی به‌عنوان نظریه که ماهیت حقوقی ارتباط طرفین مختلف را در داوری تجاری بین‌المللی توصیف و توجیه می‌کند، بررسی شیوه‌های انتصاب داور که به‌طور واضح تناسب کاملی با تحلیل تشکیل شفاف یک قرارداد ندارند، مهم است. مسئله‌ای که این روش‌های انتصاب داور مطرح می‌کنند غیبت مشارکت یکی از طرفین اختلاف در انتصاب داور است به‌طوری‌که طرف غایب می‌تواند مدعی شود که طرف قرارداد داور نیست. این احتمال سودمند بودن نظریه قرارداد را اعمال آن بر تمام اشکال روش انتصاب داور را تضعیف می‌کند (Smith, 1992). طرفداران نظریه قرارداد در پاسخ به این ضعف، نظریه‌های نمایندگی یا وکالت را پیشنهاد داده‌اند. پس از تحلیل نمایندگی و وکالت، نظریه دیگر یعنی نظریه مشارکت، به‌عنوان توجیه دیگر برای این مسئله پیشنهاد می‌شود.

نظریه‌های نمایندگی و وکالت^۲

نظریه‌های نمایندگی و وکالت تلاش می‌کنند تا شیوه‌های انتصاب داور را درجایی توجیه می‌کنند که در انتصاب داوران، خواننده از انتخاب یا همراهی مدعی در انتصاب داور فردی یا تشکیل هیئت‌داوران خودداری می‌کند یا این‌که انتصاب داور از سوی مقام انتخاب‌کننده یا دادگاه ملی با تقاضای صرفاً مدعی صورت می‌گیرد. مفسرین بحث می‌کنند که برای انتصاب داور معتبر و متعهد به

² Competence.

¹. competence – competence.

چراکه وکیل باید مطابق دستورات موکلش عمل کند و گزارش عملکرد وکالتی خود را به موکل ارائه دهد. وکیل خدمات دفاعی خود را بعد از اخذ دستورات از موکلش انجام می‌دهد، درحالی‌که نقش قضاوتی داور مانع از این می‌شود که وی پاسخگوی طرفین اختلاف در خصوص عملکرد خویش باشد (Almasi, 2019).

۳-۴- نظریه مشارکت

نظریه مشارکت به‌عنوان جایگزین نظریه‌های نمایندگی و وکالت پیشنهاد شده و تشکیل قرارداد را در شرایطی که یکی از طرفین اختلاف از مشارکت در انتصاب داور خودداری می‌کند، توجیه می‌کند. بار دیگران تحلیل به توجیه پیش‌فرض (اماره‌ای) ناظر بر تحلیل تشکیل قرارداد داور مربوط می‌شود طرفین اختلاف به‌طور مشترک به هنگام انعقاد قرارداد داور با پذیرش انتصاب داور هم‌پیمان شده‌اند، نظریه مشارکت به دنبال پاسخگویی به این سؤال است که در زمانی که یکی از طرفین اختلاف طرف ایجاب به داور نباشد، آیا آن‌طرف می‌تواند متعهد به قرارداد منعقد با داور باشد (Webster, 2003).

بحث نظریه مشارکت این است که اعمال تفسیر کارکردی ارتباط بین خود طرفین اختلاف (که در توافقنامه داوری مقرر شده)، منجر به طرح این قضیه می‌شود که توافقنامه داوری از لحاظ تقسیم‌بندی یک توافقنامه مشارکتی بین طرفین به حساب می‌آید چون خطر داوری یک خطر مشترک برای منافع متقابل طرفین است. طرفین به هنگام انعقاد توافقنامه داوری، توافق کرده‌اند تا به نفع خود و به نفع طرف مقابل ایفای تعهد نمایند. با اعمال اصول حقوق مشارکت به این ارتباط، اعمال خواهان (مدعی) یا خوانده در ایفای شروط توافقنامه طرفین به‌طور مؤثر طرفین را به‌صورت فردی و مشترک به یک‌میزان متعهد می‌کند. ای موضوع به این معنی است که هرگاه طرفی وجود و سودمندی توافقنامه داوری را تأیید می‌کند، وی به نفع تمام طرفین توافقنامه داوری عمل می‌کند. این تأیید موردحمایت بسیاری از قوانین و مقررات داوری است و هزینه‌های

خواننده در قرارداد، یک نمایندگی یا وکالت فرضی (خیالی) اعطا می‌کند، هر طرف با طرف ماقبل به توافق می‌رسد تا در مقام نماینده وی در انتصاب داور عمل کند. هدف از این اعطای وکالت یا اسناد نهاد دولتی قادر ساختن هر طرف به ایجاد دیوان داوری درمان نیاز است؛ بنابراین در یک دیوان عضو سه نفره، طرف غیر مشارکت‌کننده به‌طرف تابع وکالت فرضی می‌دهد تا داور را نصب کند. هرگاه مقام انتصاب وارد این پیش‌فرض شود که طرفین وکالت فرضی (خیالی) به وی (مقام انتصاب) در زمان انتخاب خودش مطابق با توافق‌نامه داوری جهت انتصاب داور به نفع آن‌ها اعطا کرده‌اند؛ بنابراین مقام انتصاب در مقام نماینده‌ی طرفین اختلاف در انتصاب داوران عمل می‌کند. همین تحلیل در مورد اعلام طرف تابع (مقام انتصاب) به‌عنوان نماینده‌ی طرف غایب (هر دو طرف) نیز صدق می‌کند. بار دیگر، انتصاب یک نماینده فرضی در توافقنامه داوری به‌طور ضمنی دلالت پیدا می‌کند. این نماینده طرفین (مقام انتصاب) را به نصب داور (برای خود و به نفع طرف غایب) و به اطمینان از اینکه این انتصاب طرفین را متعهد می‌کند، قادر می‌سازد (Lew et al., 2003).

کلاوس لیونت در موافقت با این نظریه، نظریه وکالت را مشمول نصب داور فردی یا سر داور توسط مقام انتصاب می‌داند و چنین توضیح می‌دهد: «مقام انتصاب در مقام نماینده طرفین، با دو وکالت، یکی از جانب طرف غایب و یکی از جانب طرف دیگر عمل می‌کند که این وکالت به‌طور ضمنی از جانب طرفین به هنگام انتخاب مقام انتصاب اعطا شده است (Lionnet, 1999)». طرفداران نظریه‌های وکالت و نمایندگی به‌ناچار تلویحاً اعلام می‌کنند که این شرایط فرضی امور در زمان انعقاد توافقنامه داوری از جانب طرفین ایجاد می‌شود. البته لازم به ذکر است که در حال حاضر این دو نظریه فرعی مناسب تلقی نمی‌شوند. هیچ توجیه حقوقی وجود ندارد که ماهیت رابطه حقوقی ناشی از قرارداد فی‌مابین داور و طرفین اختلاف را عقد وکالت توصیف کنیم؛

انشای از ایفای تعهدات توافقنامه داوری مسئولیت طرفین به حساب می آید.

یک نقطه‌ی مهم دور از نظریه‌های وکالت یا نمایندگی فرضی است که نظریه مشارکت مبتنی بر آن است. این فرض گویای این است که اصول مشارکت بین طرفین اختلاف اعمال می شود و پیش از ایجاب به داور برای تشکیل قرارداد داور مؤثر واقع می گردد. باین حال، مطابق با نظریه‌های وکالت و نمایندگی این پیش فرض زمانی مطرح می گردد که طرف تابع به داور ایجاب می نماید. از نظر نظریه مشارکت، طرفین اختلاف به طور ضمنی در زمان انعقاد توافقنامه داوری به یکدیگر توافق می کنند تا به هنگام بروز اختلاف آن را مؤثر سازند.

بنابراین وقتی اختلافی خاتمه می یابد و خواهان قصدش را برای تأیید توافقنامه داوری به خوانده ابلاغ می کند و فرایند داوری را آغاز می کند، اگر خوانده با مشارکت در تشکیل دیوان داوری پاسخ مثبت دهد، آنگاه، طرفین به طور مشترک انعقاد قرارداد با داور را ایجاب می نمایند. باین حال، هرگاه خوانده از مشارکت در تشکیل دیوان داوری امتناع کند، مدعی می تواند همچنان مطابق با شروط داوری در جهت تأیید آن و تشکیل دیوان داوری به طور مؤثر اقدام کند. در تشکیل دیوان داوری، مدعی صرفاً شروط توافقنامه را اجرا خواهد کرد که ایفای تعهد تمام آن چیزهایی است که برای تشکیل دیوان ضروری می نماید.

با سنجیدن نظریه مشارکت در شرایطی که یک مرجع انتصاب داور را به نفع طرفین اختلاف نصب می کند، طرفی که از مرجع انتصاب درخواست نصب داور می کند، مطابق با شروط توافقنامه داوری عمل می کند. طرفین از قبل در توافقنامه داوری بر سر رجوع به مرجع انتصاب مطابق با شرایط خاص توافق کرده اند. در زمانی که این شرایط وجود دارند، طرف عامل^۱ از شروط توافقنامه داوری با درخواست از مرجع انتصاب برای نصب داور پیروی می کند.

مرجع انتصاب توسط طرفین در توافقنامه داوری مشخص می گردد و به نفع هر دو عمل می کند. طرف عامل با درخواست از مرجع انتصاب، صرفاً به وی این تعیین یا انتصاب را توسط طرفین توافقنامه داوری اعلام می کند، به طوری که مقام یا مرجع انتصاب مطابق بارانمای آن ها اقدام می کند (Lionnet, 1999).

طرفین توافقنامه داوری در یک مشارکت حل و فصل اختلافشان در داوری وارد می شوند؛ بنابراین، طرف عامل به نفع تمام طرفین عمل می کند و نه صرفاً در مقام یک نماینده (به طوری که اقدام وی نیاز به تأیید اصیل داشته باشد). بلکه در مقام اصیل به نام طرفین توافقنامه داوری عمل می کند. این عمل عامل بسیار مهم است چون تشکیل دیوان داوری به نفع مشترک طرفین و پیش نیاز ضروری بر تحقق مشارکت آن ها است. هرگاه هزینه ای برای پرداخت خدمات به مقام انتصاب وجود داشته باشد، این هزینه ها توسط طرف عامل پرداخت می شود. این بخشی از هزینه است که دیوان داوری در برآورد هزینه ها به آن توجه خواهد کرد. برای یک طرف معمولاً مدعی این امکان وجود دارد که تمام هزینه هایی را که تا پایان داوری صرف کرد، از خوانده مطالبه کند. این بازپرداخت به نتیجه ای ادعاها بستگی دارد.

نظریه ترکیبی یا آمیخته

طرفداران نظریه ترکیبی بیان می کنند که ارتباط بین داوران و طرفین اختلاف در داوری ویژگی های منصبی و قراردادی را در داوری آشکار می کند. با توجه به آنچه در نقطه ای آغازین در نظر گرفته شد، ماهیت ارتباط می تواند «قراردادی - منصبی»^۲ یا «منصبی قراردادی»^۳ باشد. بحث طرفداران نظریه ترکیبی یا آمیخته به این مفهوم است که داوران آفریده ی منصب (مقام) به حساب می آیند، اما توانایی این داوران برای انجام رسالت شان به توافق نامه داوری (قرارداد) و طرفین انتصاب کننده بستگی دارد. پس از نصب این داوران از جانب طرفین، نظارت بر آن را به قانون بازمی گردد.

³. Contract - status

¹ Applying

². Status - contract

شروط قرارداد داور قرار می‌گیرد و این واقعیت ماهیت قراردادی ارتباطات را تغییر نمی‌دهد تا این ارتباط حاصل قانون قرار بگیرد.

۴- نتیجه‌گیری

در مورد هر یک از مباحث ماهیت نظریه قضایی و نظریه‌های توجیه‌کننده ارتباط طرفین اختلاف با داوران، به‌طور کلی پنج نظریه مطرح شده است. نتایجی که از تحلیل این نظریه‌ها قابل پذیرش می‌نماید، در چند بند قابل تلخیص است:

۱- نظریه‌های داوری بین‌المللی همگی بر این نظر دیدگاه مشترک دارند که داوری رضایی مبتنی بر توافقنامه داوری است. همچنین بر این توافق دارند که دولت حاکم در فرایند داوری نقش‌های مختلفی ایفا می‌کند.

۲- فرضیه داوری بین‌المللی بر عدم قبول نظریه قضایی مبتنی است در نتیجه ارتباط قانون محل داوری بسیار کم رنگ شده است؛ و این قانون اساساً جایگاه فرعی^۱ به‌خصوص در داوری‌های موردی پیدا کرده است. جریان رسیدگی داوری بین‌الملل بیشتر تحت نظارت قرار گرفته است.

۳- آرای داوری هرگز یک قرارداد صرف بین طرفین نبوده و نیست، بلکه هم ارز با حکم نهایی دادگاه ملی به‌ویژه در تمام قلمروهای قضایی به رسمیت شناخته شده و اجرا می‌شوند.

۴- افزایش تعداد سازمان‌های داوری مطابق قوانین مرسوم داوری و تمایل طرفین اختلاف به ارجاع اختلاف به داوری از اتخاذ نظریه استقلال حمایت می‌کند، باین‌حال توسل به محاکم ملی به‌خصوص در محل داوری رد طول جریان رسیدگی داوری این ادعا را تهدید می‌کند.

۵- نگرش لیبرالی که بسیاری از دولت‌ها در قبال داوری بین‌المللی اتخاذ کرده‌اند عموماً از نظریه ترکیبی یا

به‌بیان‌دیگر، مقام داور به‌موجب منصب حاصل می‌گردد، اما انتصاب آن‌ها به مبنای قرارداد است، ضمن اینکه انجام رسالت آن‌ها به‌موجب منصب به وجود می‌آید. نوع دیگر بحث این است که داوران زمانی موجودیت پیدا می‌کنند که طرفین به‌موجب توافقنامه داوری آن‌ها را نصب می‌کنند و بنابراین رفتار آن‌ها به‌موجب قانون تحت نظارت قرار می‌گیرد. مورد اول موقعیت «قراردادی - منصبی» و مورد دوم موقعیت «منصبی - قراردادی» است. این نظریه به نظریه آمیخته نیز معروف است.

نظریه آمیخته می‌تواند جزء نظریه قراردادی قرار بگیرد. مقام داور به‌موجب قانون تا آنجایی تحت نظارت قرار می‌گیرد که طرفین اختلاف به‌گونه‌ای دیگر نمی‌توانند قرارداد منعقد کنند. طرفداران این نظریه قبول دارند که ارتباط بین طرفین اختلاف و داور ناشی از توافق داوری بین طرفین اختلاف است و دولت به‌موجب مقررات قانونی به طرفین اختلاف اجازه‌ی نصب داور می‌دهد. باین‌حال، این امر این نظام قانونی را وارد این ارتباط نمی‌کند. مقررات مربوطه در قوانین داوری اختیاراتی است که به طرفین اختلاف و نه به داوران اعطا می‌شود. این امر به‌ویژه در مورد داوری‌های موردی صدق می‌کند چون در داوری‌های سازمانی قوانین داوری سازمان شکاف‌های موجود را پر می‌کند و به‌عنوان روش انتصابی طرفین اختلاف انتخاب می‌شود؛ بنابراین، نظریه ترکیبی یا آمیخته واقعیت‌های عملی ماهیت ارتباط بین طرفین اختلاف و داوران را به‌طور کامل منعکس نمی‌کند.

بحث شده است که ارتباط بین طرفین اختلاف مقرر در توافقنامه داوری و بین طرفین اختلاف و داور ماهیتاً قراردادی است. باین‌حال همچنین اذعان شده که شروط این قرارداد تحت تأثیر قوانین اجباری مکان داوری یا قانون حاکم بر قراردادها است. همچنین گفته می‌شود که در شرایطی که مفاد قانون داوری محل داوری غیابی یا به‌عنوان تکمیلی اعمال می‌شود، این مفاد در جایگاه

¹. gap – filling.

باشد؛ چه آن حق و تکلیف طرفین اختلاف و داوران که دو روی یک سکه هستند، منحصرأً از قرارداد فی مابین آنان ناشی می‌شود، وانگهی، قانون می‌تواند به مثابه عامل ناظر و تکمیل‌کننده، شروطی را به قرارداد تحمیل کند؛ همانطور که در قراردادهای خصوصی داخلی نیز چنین است و گاه قانون، امری را به صورت مفروض، مورد توافق طرفین، به منزله شرط ضمن عقد پذیرفته شده توسط متعاقدين، بر قرارداد می‌افزاید.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

EXTENDED ABSTRACT

The institution of international commercial arbitration is grounded in party autonomy but has been subject to long-standing debates over its legal nature, particularly regarding the origin of the arbitrator's authority. This authority has been conceptualized primarily through two rival schools: the contractual view, which sees arbitration as a pure extension of the parties' agreement, and the judicial or jurisdictional view, which aligns arbitral authority with the state's adjudicative power (Habibi Mojandeh, 2019b, 2019c). In practice, this conceptual divide influences the interpretation of arbitration agreements, the enforcement of awards, and the permissible scope of party autonomy. The contractual view emphasizes the primacy of consent, treating arbitration clauses as binding contractual commitments whose enforcement derives from private law principles, while the judicial theory holds that arbitrators exercise authority akin to judges, granted under national law, thereby subjecting the arbitral process to public law constraints (Habibi Mojandeh, 2019a). This dichotomy also informs the

مختلط به‌عنوان ماهیت قضایی داوری بین‌المللی قابل تأمل حمایت می‌کنند.

۶- مطابق نظریه قضایی، وظایف داور بیشتر از قانون ناشی می‌شود، زیرا اگر قانون، ناشی می‌شود، زیرا اگر قانون، داوری را شناسایی نمی‌کرد، معلوم نبود که توافق طرفین به‌خودی‌خود مؤثر واقع می‌شود. طرفداران این نظریه اعتبار موافق نامه‌های داوری، اختیارات و رسیدگی داوران را وابسته به مقامات قانون‌گذاری و قضایی محل تشکیل دیوان داوری می‌دانند.

۷- در خصوص نظریه‌های مربوط به ارتباط طرفین اختلاف و داوری پنج نظریه ارائه شده است که نظر غالب نویسندگان، بر پذیرش توجیه «قراردادی» استوار شده است و به نظر می‌رسد، دیدگاه صحیح‌تر، همین تحلیل

balance between national sovereignty and the delocalization of arbitral proceedings, as emerging issues such as the arbitrability of intellectual property disputes or the choice of governing law highlight the tensions between private contractual arrangements and mandatory public norms. Scholars have proposed a range of intermediary theories—territorial, hybrid, independence, and privilege theories—that seek to reconcile the competing demands of state control and party autonomy, each carrying distinct consequences for the recognition, enforcement, and annulment of arbitral awards (Asouzu, 1995; Kleinheisterkamp, 2005; Lew et al., 2003; Mann, 1986; Mistelis, 2001; Onyema, 2010; Solhchi & Nejandi Monesh, 2012; Tang & Wang, 1998).

The territorial theory posits that arbitration derives its legitimacy from the sovereignty of the state in whose territory the proceedings occur, making the *lex loci arbitri* decisive in determining validity, procedure, and enforceability (Onyema, 2010; Solhchi & Nejandi Monesh, 2012). This model historically

dominated under instruments such as the 1923 Geneva Protocol and the 1927 Geneva Convention, where enforcement depended on both the seat and the enforcement forum, reflecting a dual-control mechanism. Even under the New York Convention, Article V(1)(d) and (e) still acknowledge the role of the seat in annulment and enforcement decisions, although modern practice—exemplified by cases like *Hilmarton*—has diminished its significance (Kleinheisterkamp, 2005; Mistelis, 2001; Tang & Wang, 1998). In contrast, the contractual theory rejects the primacy of territorial control, asserting that arbitration is a private adjudicative arrangement established solely by mutual consent, with the award viewed as contractual performance rather than a judicial act (Lew, 1978; Yu & Sauzier, 2000). Yet, critics note that arbitrators are not mere agents of the parties and must still comply with mandatory norms to ensure enforceability under conventions like New York, Article IV (Onyema, 2010). The hybrid theory blends these perspectives, recognizing that arbitration originates in party agreement but acquires binding force through state recognition, as summarized by Redfern and Hunter's observation that arbitration "begins privately, proceeds privately, but ends with an award that has state-sanctioned binding effect" (Redfern & Hunter, 1999). The independence theory pushes furthest toward delocalization, portraying arbitration as an autonomous transnational legal order governed by trade usages and institutional rules (Nikbakht, 2014; Paulsson, 1981). Finally, the privilege theory reframes state involvement as the granting of privileges—such as enforcement mechanisms or immunity to arbitrators—without asserting full control, a model adapted from corporate law's historical development (Yu & Sauzier, 2000).

A related dimension of this debate concerns the legal characterization of the relationship between parties, arbitrators, and arbitral

institutions. Three principal models exist: the office (or status) theory, the contract theory, and various hybrid formulations. The office theory, supported in common law by figures like Mustill and Boyd, holds that arbitrators occupy a quasi-judicial office created by law, with duties to act impartially stemming not from contract but from the public interest in fair adjudication (Lane, 1994; Lionnet, 1999; Mustill & Boyd, 2001). Under this approach, arbitrators enjoy immunity similar to judges in certain jurisdictions, justified by the need to protect adjudicative functions from undue interference. Conversely, the contract theory, as advanced by Lionnet and Smith, asserts that the arbitrator-party relationship arises solely from a distinct arbitrator's contract, separate from the arbitration agreement between the disputing parties (Amir Mozzi, 2014; Gaillard, 1992; Lionnet, 1999; Smith, 1992). This view allows the parties to define rights, duties, and termination procedures contractually, subject to mandatory provisions of the applicable law. In between, hybrid or "contractual-office" theories acknowledge both contractual origins and statutory oversight, with the balance shifting depending on the nature of the appointment and the applicable arbitral rules. These conceptualizations impact not only liability and immunity questions but also the scope of party control over the process, such as the ability to revoke an arbitrator's mandate. To address challenges in arbitrator appointment when one party refuses to participate, scholars have explored derivative theories such as agency, representation, and partnership. The agency theory posits an implied authority granted in the arbitration agreement allowing the other party or an appointing authority to act on behalf of the defaulting party (Lew et al., 2003; Lionnet, 1999). The partnership theory reframes the arbitration agreement as a form of joint venture, in which initiating the arbitral process is an act performed for the mutual

benefit of both parties, binding them to the resulting arbitrator's contract (Lionnet, 1999; Webster, 2003). While these constructs offer functional solutions, critics such as Almasi argue that the agency analogy is flawed because arbitrators, unlike agents, are not bound to follow the appointing party's instructions and must remain independent (Almasi, 2019). Each model attempts to reconcile the procedural necessity of completing tribunal formation with the doctrinal purity of the chosen theory of arbitrator-party relations, but all operate within the broader framework defined by national arbitration statutes and international conventions.

The comparative analysis of these theories reveals that while state sovereignty remains a pervasive backdrop—manifest in limits on arbitrability, capacity to contract, and public policy controls—the prevailing trend in both legislation and practice leans toward contractual and hybrid explanations. Pure judicial theories, which subordinate arbitration entirely to domestic judicial systems, have lost traction, particularly in international commercial contexts where the seat's law often plays a subsidiary role. The growth of institutional arbitration and the liberal stance of many states toward enforcing foreign awards support independence-oriented views, yet recourse to national courts during the arbitral process, especially at the seat, tempers claims of full delocalization (Rubino-Sammartano, 1992). Privilege theory offers a nuanced alternative by framing state involvement as facilitative rather than controlling, but its emphasis on sovereign prerogative has been criticized for re-centralizing authority. In parallel, the dominance of the contractual explanation for arbitrator-party relations reflects a broader private law orientation in commercial arbitration, with statutory rules functioning as default or mandatory terms supplementing

the parties' arrangements. This synthesis acknowledges that while arbitration's legitimacy depends on legal systems for enforcement, its procedural autonomy and substantive flexibility are core to its distinct identity in transnational dispute resolution.

In conclusion, the multiplicity of legal theories concerning the nature of international commercial arbitration and the source of arbitrators' authority underscores the dynamic interplay between contract and sovereignty in shaping arbitral practice. Each theory offers valuable insights into specific aspects of the arbitral process—territorial theory highlighting the enduring relevance of the seat, contractual theory emphasizing party autonomy, hybrid theory reflecting the reality of dual private-public character, independence theory envisioning a self-contained arbitral order, and privilege theory recasting state involvement as supportive rather than interventionist. Similarly, the analysis of arbitrator-party relationships through office, contract, agency, and partnership models reveals diverse pathways for conceptualizing obligations, liabilities, and procedural control. Contemporary arbitration practice suggests that no single theory wholly captures the complexity of the field; instead, a pragmatic combination of contractual foundations with measured state support, mediated through international instruments and institutional rules, best accommodates the demands of cross-border commerce while safeguarding fairness and enforceability.

References

- Almasi, N. A. (2019). *Private International Law*. Mizan Publications.
- Amir Mozzi, A. (2014). *International Arbitration in Commercial Disputes*. Dadgostar Publishing.
- Asouzu, A. A. (1995). A Threat to Arbitral Integrity. *Journal of International Arbitration*, 12(4). <https://doi.org/10.54648/JOIA1995035>
- Gaillard, E. (1992). Transnational Rules in International Commercial Arbitration. Seminar held in Paris on 23 October 1992,

- Habibi Mojandeh, M. (2019a). *Foreign Investment Law: Reconciliation of Policy and Principles*. Mofid University Press.
- Habibi Mojandeh, M. (2019b). *International Economic Law*. Jungle Publications.
- Habibi Mojandeh, M. (2019c). *Principles of Public International Law*. Mofid University Press.
- Kleinheisterkamp, J. (2005). *International Commercial Arbitration in Latin America*. Oceana.
<https://global.oup.com/academic/product/international-commercial-arbitration-in-latin-america-9780379215366?cc=fr&lang=en&>
- Lane, P. M. M. (1994). The Appointment of an Arbitrator, Contract or Status? *Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*.
- Lew, J. D. M. (1978). *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*. Oceana.
https://books.google.com/books/about/Applicable_Law_in_International_Commerci.html?id=nRPEQgAACAAJ
- Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., & Kroll, S. M. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
https://books.google.com/books/about/Comparative_International_Commercial_Arb.html?id=b1OgnDQ2UnwC
- Lionnet, K. (1999). The Arbitrators Contract. *Arbitration International*, 15(2).
<https://doi.org/10.1093/arbitration/15.2.161>
- Mann, F. A. (1986). Lex Facit Arbitrium. *Arbitration International*, 2(3), 241.
<https://doi.org/10.1093/arbitration/2.3.241>
- Mistelis, L. (2001). ADR in England and Wales. *American Review of International Arbitration*, 12.
<https://arbitrationlaw.com/library/adr-england-and-wales-vol-12-no-2-aria-2001>
- Mustill, M. J., & Boyd, S. C. (2001). *Commercial Arbitration*. Butterworths.
https://books.google.com/books/about/Commercial_Arbitration.html?id=8rWSPQAACAAJ
- Nikbakht, H. R. (2014). *International Commercial Arbitration*. Institute for Trade Studies and Research.
- Onyema, E. (2010). *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. Routledge.
<https://doi.org/10.4324/9780203859919>
- Paulsson, J. (1981). Arbitration Unbound - Award Detached From the Law of its Country of Origin. *International Comparative Law Quarterly*, 30.
<https://doi.org/10.1093/iclqaj/30.2.358>
- Redfern, A., & Hunter, M. (1999). *The Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell.
https://books.google.com/books/about/Law_and_Practice_of_International_Commer.html?id=V-aVzgEACAAJ
- Rubino-Sammartano, M. (1992). Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex Bono at Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law) Apparent Synonyms Revisited. *Journal of International Arbitration*, 9(1).
<https://doi.org/10.54648/JOIA1992001>
- Smith, M. (1992). Contractual Obligations Owed by and to Arbitrators: Model Terms of Appointment.
<https://doi.org/10.1093/arbitration/8.1.17>
- Solhchi, M. A., & Nejandi Monesh, H. (2012). *Peaceful Settlement of International Disputes*. Mizan Publishing.
- Tang, H., & Wang, S. C. (1998). PR China. In J. Paulsson (Ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration Supp.*
- Webster, T. H. (2003). Party Control in International Arbitration. *Arbitration International*, 19(2).
<https://doi.org/10.1093/arbitration/19.2.119>
- Yu, H. L., & Sauzier, E. (2000). From Arbitrator's Immunity to the Fifth Theory of International Commercial Arbitration. *International Arbitration Law Review*, 3(4).
<https://www.stir.ac.uk/research/hub/publication/707675#details>