

منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی و تنافی ادله در اصول فقه

سید مصطفی محقق داماد*
مهدی نیازآبادی**

تاریخ پذیرش: ۹۸/۰۴/۰۳

تاریخ دریافت: ۹۷/۱۲/۲۸

چکیده

حوزه حقوق، فقه و اصول، عرصه تحقق تعارضات میان امور مختلف است؛ از جمله تعارضاتی که در حوزه حقوق و شعب زیرمجموعه آن مطرح می‌شود، «تعارض قوانین» در حقوق بین‌الملل خصوصی است که محدود به رسیدگی در مراجع قضایی نبوده و در مراجع داوری نیز مبتلی به است و به فراخور مراجعه روزافزون به داوری، از حیث مباحث نظری و عملی، از پیشرفت و عمق فراوانی نیز برخوردار گردیده است. در حوزه فقه و به طور خاص اصول فقه نیز مبحثی تحت عنوان «تنافی ادله» وجود دارد که به نحو ویژه به تعارضات مستحدث در این حوزه می‌پردازد. تعارضات موجود، ضرورتاً باید حل گردد و این مهم جز از طریق شناخت منطق حاکم بر آنها ممکن نخواهد شد. وجه اشتراک تعارض قوانین و تنافی ادله، وجود عنصر «تنافی» یا «ناسازگاری» میان امور مختلف است؛ با بررسی منطق حاکم بر «تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی» و «تنافی ادله در اصول فقه»، به نظر می‌توان وجوه اشتراک و هماهنگی‌هایی را میان تعارضات مستحدث در این دو حوزه یافت؛ حال ممکن است وجوه اشتراک مزبور با الگوگیری و به نحوی عامدانه پدید آمده یا به طور تصادفی ایجاد شده باشد.

کلید واژگان:

تعارض قوانین، تنافی ادله، تعادل، تراجم، داوری تجاری بین‌المللی.

* استاد دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

mdamad@me.com

** دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

m.niazabadi@gmail.com

مقدمه

حقوق، عرصه تحقق تعارضات میان امور مختلف است؛ اموری که در نتیجه این تعارضات، دچار نوعی ناسازگاری شده، موانعی را در مسیرهای گوناگون ایجاد می‌نماید. برای مثال، تعارض مزبور، گاه در هنگام رسیدگی‌های قضایی و میان ادله‌ای که طرفین یک دعوا یا اختلاف، به منظور اثبات دعاوی و ارائه دفاعیات خود اقامه می‌نمایند، رخ می‌دهد؛ از تعارض اخیرالذکر تحت عنوان «تعارض ادله اثبات دعوا» یاد می‌شود. گاه نیز تعارض مورد اشاره میان متون قانون و الفاظ مضبوط در آن وجود دارد؛ حتی می‌توان جنسی از تعارض و ناسازگاری را میان الفاظ قراردادی که میان اشخاص متعدد منعقد می‌گردد، نیز مشاهده نمود. صرف نظر از اینکه اقسام تعارض مورد اشاره، از حیث ماهیت و سطح تحقق، دارای وجوه افتراقی با یکدیگرند، اما همگی وجه اشتراکی دارند و آن، «لزوم حل تعارض» است؛ چرا که تعارض موجود در هر حوزه، موجب موانع و مشکلاتی است که سبب ناهموار شدن مسیر شده است؛ برای مثال، در تعارض ادله اثبات دعوا، مادام که تعارض حل نگردد، صدور رأی مقتضی، مقدور و میسر نخواهد بود. لذا اساس «تعارض» باید حل شود تا موانع و مشکلات موجود، مرتفع گردد. رفع تعارض مربوط به هر حوزه، جز از طریق شناخت منطق حاکم بر آن ممکن نمی‌شود.

از جمله حوزه‌های دانش حقوق که متأثر از مقوله رخداده «تعارض» است، حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشد. «تعارض قوانین»^۱ به عنوان زیرمجموعه‌ای عظیم و مبتلی به از حقوق بین‌الملل خصوصی، متولی و عهده‌دار بحث در خصوص «تعارض» مطروحه در این شعبه از دانش حقوق است و بالطبع از منطق خاص خود تبعیت می‌کند. تعارض قوانین زمانی پدید می‌آید که مرجع رسیدگی‌کننده به یک اختلاف مربوط به حقوق خصوصی در سطح بین‌المللی، به لحاظ ارتباط امر موضوعی مطروحه با قوانین کشورهای مرتبط، در اعمال قانون حاکم بر دعوا، دچار تردید گردد. در این میان، مسئله جایی غامض‌تر می‌شود که مرجع رسیدگی‌کننده به اختلاف مطروحه داور باشد و اصطلاحاً دعوا به داوری^۲ ارجاع گردد؛ داوری به عنوان شیوه نوین حل و فصل اختلافات «فراپندی است که به موجب آن اختلاف طرفین نسبت به حقوق و تکالیف

1. Conflict of Laws
2. Arbitration

قانونی خود از طریق قضاوت یک یا چند نفر داور به جای دادگاه حل و فصل می‌گردد و تصمیم مزبور لازم‌الاجرا می‌باشد.^۱ داوری به لحاظ ویژگی‌های مثبت و مزایایی که دارد و از آن نظر که اصل حاکمیت اراده در آن نقش بی‌بدیلی ایفا می‌نماید، محل رجوع بسیاری از اشخاص به منظور حل و فصل اختلافات است؛ همین مراجعه بسیار به داوری سبب طرح مسئله تعارض قوانین در سطوحی نو گردیده که پیش‌تر در رسیدگی‌های قضایی فاقد سابقه بوده است و لزوماً به طور مطلق از منطق خاص حقوق بین‌الملل خصوصی تبعیت نمی‌کند؛ این سطوح نو، منطقی خاص را راجع به تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی موجب شده است که خود محصول رویه‌های متعدد ناشی از ارجاعات بسیار اختلافات به داوری است. بنابر رویه‌های موجود، تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی ممکن است در ارتباط با آیین داوری، ماهیت دعوا یا موافقت‌نامه داوری مطرح گردد که هر یک راه‌حل متناسب با خود را خواهد داشت.

فقه و اصول نیز از جمله عرصه‌هایی است که با مقوله تعارضات سر و کار داشته و به طریقی سعی در حل و فصل آن دارد؛ به عبارت دیگر، به فراخور بحث در خصوص «طریق استنباط احکام شرعی و علم به احکام شرعی»- که موضوع دانش فقه و اصول است- ممکن است تعارضاتی رخ دهد که بسان تعارضات مستحدث در دانش حقوق، موانع و مشکلاتی را در مسیر مدنظر دانش‌های مذکور به وجود آورد؛ لذا حل تعارضات مزبور در این حوزه نیز امری ضرور و الزامی است که خود محتاج شناخت دقیق منطق حاکم بر آن می‌باشد.

ناسپاسی است اگر به تأثیر شگرف اندیشه اعتزال بر اجتهاد و گسترش علوم انسانی اذعان نکنیم؛ تفکر اعتزال و عقل‌گرایی^۲ اسلامی از مبحث کلام و الهیات وارد حوزه فقه و اصول شده است. در قرن دوم هجری گرایش به واردسازی استدلال‌های عقلی و توجه به هنجارهای اجتماعی در حوزه استنباطات شرعی، معلول چون و چراهای معتزلیان و تاحدی تشکیل مکتب فقه عراق به امامت فقیه ایرانی‌الاصل معروف آن روزگار، ابوحنیفه نعمان بن ثابت، است.^۳

۱. شیروی، عبدالحسین، *داوری تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات سمت، چاپ دهم، ۱۳۹۶، ص ۱۸.

2. Rationalism

۳. محقق داماد، سید مصطفی، *تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها* (۱)، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، شماره ۴۴، ص ۱۴.

از جمله حوزه‌های متأثر علم اصول از تفکر اعتزال و استدلال‌های عقلی، مبحث تنافی (تعارض) ادله است. «اصول مباحث این باب، عقلی یا عقلایی است؛ مانند اصل تساقط متعارضین، جمع عرفی در مواردی که متعارضین جمع عرفی دارند و نظیر این‌ها»^۱. تعارض ادله رخداد حالتی است که دلالت دو دلیل (لفظی)^۲ با یکدیگر ناسازگار است، بدون آنکه سند آنها مشکلی داشته باشد.^۳

با مذاقه در ابواب مختلف فقه و اصول می‌توان مبحث تنافی ادله را حول سه محور گرد آورد: تعارض (بالمعنی الأخص)، تزامم و اجتماع امر و نهی. اما بسته به اینکه کدام کتاب اصول فقه و نظریات کدام اصولی را مد نظر قرار دهیم، هریک از این سه قسم در جایگاه متفاوتی مورد بحث قرار می‌گیرد.

تشابه و وجه اشتراک موجود میان این دو مبحث (تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی و تنافی ادله در اصول فقه) که ما را به سمت تطبیق منطق حاکم بر آنها رهنمون می‌سازد، وجود اصل «ناسازگاری» میان منابع نظام‌های هنجاری است؛ چرا که در باب تنافی ادله در عالم اصول فقه، ناسازگاری میان ادله شرعی و احکام مستنبط از آن و راه‌حل‌های این ناسازگاری بحث می‌شود و در مبحث تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی، ناسازگاری و برخورد دو یا چند قانون (به عنوان منبع اصلی حقوق) و راه‌حل‌های این تعارض مورد بررسی قرار می‌گیرد. در نوشتار حاضر، هدف آن است که با بررسی منطق و نظام حاکم بر تعارض موجود در دو حوزه فوق‌الذکر، تحلیل نماییم که آیا میان آنها هماهنگی و همسویی وجود دارد و طرح یکی از آنها ذیل منطق و نظام دیگری ممکن است یا خیر؟ لذا در قسمت اول، با بررسی مبحث «تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی» به منطق آن پی برده و سپس در قسمت دوم، به تطبیق آن با منطق حاکم بر تنافی در اصول فقه می‌پردازیم تا به پاسخ پرسش مذکور و هدف مدنظر نوشتار حاضر، واصل شویم.

۱. گرجی، ابوالقاسم، **ادوار اصول فقه**، تهران: بن شر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۵، ص ۲۴.

۲. مقصود از دلیل لفظی، کتاب و سنت است که موضوع تنافی ادله قرار می‌گیرد.

۳. هرگاه دو یا چند دلیل متعارض در برابر یکدیگر قرار گیرند، طوری که عرفاً نتوان آنها را جمع کرد و یکی ناسخ دیگری نباشد، در این صورت تعارض محقق است (محمدی، ابوالحسن، **مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ اصول فقه**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سی و دوم، ۱۳۸۸، ص ۳۴۹).

۱. تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی

از مهم‌ترین مباحثی که ذیل عنوان عام حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شود، مبحث «تعارض قوانین» است؛ «مسئله تعارض قوانین هنگامی مطرح می‌شود که یک رابطه حقوقی خصوصی به واسطه دخالت یک یا چند عامل خارجی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند. در چنین مواردی باید دانست قانون کدام یک از این کشورها بر رابطه حقوقی مورد نظر حکومت خواهد کرد».^۱ تبیین اصل حالت تعارض و انواع آن و تعیین قانون از پی حل تعارض مطروحه، رسالتی است که مبحث تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی عهده‌دار آن است. تعارض قوانین معلول عواملی چون توسعه روابط و مبادلات بین‌المللی، اغماض قانون‌گذار داخلی و امکان اجرای قانون خارجی و وجود تفاوت بین قوانین داخلی کشورهاست.^۲

با عنایت به اینکه اختلاف در تعیین قانون حاکم عملاً نزد دادگاه‌ها مطرح می‌شود، لذا در نخستین برهه‌های زمانی، دادگاه‌ها بودند که با مقوله تعارض قوانین برخورد کردند و با صدور آرای قضایی، بر غنای این مبحث افزودند. اما از زمانی که داوری به عنوان شیوه‌ای نوین در حل و فصل اختلافات بین‌المللی (افزون بر اختلافات داخلی) مطرح گردید، به لحاظ مزایایی که با خود به همراه داشت، رفته‌رفته به انتخاب نخست اشخاص حقیقی و حقوقی اطراف معاملات و قراردادهای در حقوق بین‌الملل خصوصی تبدیل شد و لذا مراجعه به این شیوه به نحو چشمگیری – نسبت به مراجعه به دادگاه‌ها – افزایش یافت. بدیهی است، مراجعه بیشتر به این شیوه، منجر به صدور آرای بیشتر می‌گردد و غنای افزونی را نیز در رویه‌های داوری ایجاد می‌نماید. مضافاً اینکه، به لحاظ نوین بودن این شیوه و وجود آزادی بیشتر در مراحل مختلف از رسیدگی، رویه‌هایی به مراتب مدرن و دقیق با توجه به جزئیات و امور موضوعی اختلافات مطروحه پدید می‌آید.^۳

از میان تعارض قوانین در دادگاه‌ها و تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی، در مقاله حاضر سعی در شناسایی منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی داریم؛ فرض ما این است که به لحاظ مزایای فوق‌الذکر در این شیوه حل و فصل اختلافات،

۱. الماسی، نجاد علی، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۹، ص ۱۷.

۲. همان، صص ۲۰ و ۲۱.

3. De Ly, Filip, *Conflict of Law in International Arbitration (an overview article)*, 4th Ed, Munich: European Law Publisher, 2010, p. 402.

رویه‌های مدرن‌تر و دقیق‌تری موجود است که منطق حاکم بر تعارض قوانین را نسبت به رسیدگی‌های قضایی در دادگاه‌ها به نحو واضحی، به نمایش می‌گذارد. لذا در این قسمت ابتدا سطوح تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی را از نظر می‌گذرانیم و سپس راهکارهای حل تعارضات مطروحه را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱.۱. بررسی حالت‌های رخداد تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی

امروزه کمتر قراردادی - اگر نگوییم هیچ قراردادی - را در عرصه تجارت بین‌الملل مشاهده می‌کنیم که در آن شرط داوری درج نشده باشد. علت این امر چیزی جز تلاش برای رهایی از محدودیت‌های رسیدگی قضایی و دسترسی به مزایای داوری نیست. لذا به همین دلیل است که علاوه بر اتاق بازرگانی بین‌المللی، دولت‌ها مجموعه مقرراتی را در خصوص شیوه حل و فصل اختلافات در قالب داوری وضع و حتی در سطح بین‌المللی نیز کنوانسیون‌هایی را در این خصوص منعقد نموده‌اند. تمام این اقدامات، تلاشی است در راستای ایجاد یک نظام مطلوب برای حل و فصل اختلافات در قالب شیوه نوین، مقبول و پرتعداد داوری.

اما در فرض حدوث اختلاف در روابط معاملاتی و مبادلاتی اشخاص، نوبت به فعال شدن شرط داوری و ارجاع اختلاف به داور می‌گردد. «امر داوری، چون هر شیوه دادرسی دیگری، دارای دو جنبه متفاوت تشریفاتی (شکلی) و ماهوی است که هر یک تحت حکومت قانون خاصی می‌باشد»^۱ و به لحاظ وجود وصف «بین‌المللی» برای آن، امکان طرح بحث تعارض قوانین نسبت به هر دو جنبه وجود دارد. لذا سطوح تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی، قدر متیقن در دو مورد قابل بررسی است: اول، قانون حاکم بر آیین داوری و رسیدگی شکلی؛ دوم، قانون حاکم بر ماهیت دعوا. اما علاوه بر سطوح مذکور، تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی ممکن است در سطوح دیگری نیز مطرح گردد که اهم آن عبارت است از قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری؛ چرا که موافقت‌نامه داوری نیز محصول توافق و انطباق اراده طرفین است.

لذا مشاهده می‌گردد که در داوری‌های تجاری بین‌المللی بسته به اینکه دعوی (اختلاف) مطروحه نزد داور در کدام مرحله از رسیدگی و در خصوص چه موضوعی باشد، تعارض قوانین خاص خود را

۱. اسکینی، ربیعا، تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، پاییز و زمستان ۱۳۶۸، شماره ۱۱، ص ۱۶۳.

دارد؛ به عبارت دیگر منطق حاکم در خصوص سطوح تعارض قوانین، بر پایه نوع و مرحله رسیدگی است که در ادامه به اختصار و در آن حد که لازمه این نوشتار است، از نظر از خواهد گذشت.

۱.۱.۱. تعارض قوانین در آیین داوریه (رسیدگی شکلی)

در فرضی که یک اختلاف در سطح بین‌المللی نزد مراجع قضایی مطرح گردد، قاعدتاً مشکلی در خصوص چگونگی حاکم نمودن قانون بر آیین دادرسی وجود ندارد؛ چرا که به موجب قاعده‌ای معمول و جا افتاده، «قانون مقر دادگاه» بر آیین دادرسی حاکم خواهد خواهد شد. این قاعده که امروز در سراسر جهان مورد عمل قرار می‌گیرد، از آن روی که بر اساس اصل استقلال و حاکمیت ملی کشورها استوار است و از سوی دیگر در خصوص رسیدگی قضایی که خود جزء اعمال حاکمیتی می‌باشد، مطرح است، مورد اعتراض هیچ یک از نظام‌های حقوقی داخلی قرار نگرفته است.^۱ لذا می‌توان چنین ادعا نمود که در رسیدگی‌های قضایی بین‌المللی به لحاظ وجود قاعده «قانون مقر دادگاه»، تعارض قوانین در سطح آیین دادرسی اساساً پدید نمی‌آید یا اگر هم پدید آید، بدون آنکه اندک تأملی را مقتضی باشد، بر اساس قاعده مذکور، به سرعت حل می‌شود.^۲

اما در به کار بستن قاعده مذکور توسط داور، چنین وفاق و اجماعی وجود ندارد؛ در تعیین قانون حاکم بر آیین داوریه و رسیدگی شکلی لزوماً به قانون مقر داوریه توجه نمی‌شود؛ چرا که اولاً، داوریه بر خلاف رسیدگی قضایی، جزء اعمال حاکمیتی نیست و داور وابسته به هیچ دولت یا کشوری نیست که تکلیف تبعیت از قانون آن دولت یا کشور را در امور شکلی داشته باشد؛^۳ ثانیاً، داور از اساس فاقد «محل دادرسی» است و محل استقرار وی نیز موضوعیتی ندارد و مرادف با

۱. همان، ص ۱۶۴.

۲. در این خصوص، مقررۀ رم ۱ در خصوص «قانون حاکم بر تعهدات قراردادی» نیز سکوت نکرده است: در تمام موارد مطرح راجع به ادله اثبات دعوا و آیین دادرسی هیچ قانونی، جز قانون کشور مقر دادگاه صالح نخواهد بود و تمامی قضاوت مکلف‌اند در این موارد مقررات آیین دادرسی خود را اجرا نمایند.
در این موارد، کنوانسیون استثنای دیگری دارد که در ماده ۱۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ و ماده ۱۸ مقررۀ ۲۰۰۸، ذکر شده است. طبق مواد مذکور اگر قانونی که طبق این کنوانسیون حاکم است، راجع به اماره‌های قانونی و یا بار اثبات دعوا، مقرراتی داشته باشد، آن مقررات در نظر گرفته خواهد شد.

Article 1: ... 3) 3. This Regulation shall not apply to evidence and procedure, without prejudice to Article 18.

۳. همان، ص ۱۶۵.

محل و مقر دادرسی نیست^۱ و ثالثاً، اساس و شالوده داوری به عنوان یکی از شیوه‌های حل و فصل اختلافات بر پایه حاکمیت و آزادی اراده است و این مقوله با تحمیل قانون مقر داوری بر آیین و تشریفات رسیدگی ناسازگار است.

لذا تعارض قوانین در آیین داوری این‌گونه و با طرح این پرسش پدید می‌آید که اساساً کدام قانون باید بر این مرحله از رسیدگی حاکم باشد؟

۱.۱.۲. تعارض قوانین در مرحله رسیدگی به ماهیت دعوا

هرگاه بدون تصریح و قید، صحبت از قانون حاکم در داوری‌های بین‌المللی می‌شود، مقصود قانون حاکم بر ماهیت دعواست. پیش‌تر، در رسیدگی‌های قضایی، در خصوص قانون حاکم بر ماهیت دعوا مانند قانون حاکم بر آیین دادرسی عمل می‌شد^۲ و اصل را بر صلاحیت قانون مقر دادگاه می‌گذاشتند.^۳ توضیح آنکه بر اساس قاعده حل تعارض مقر دادگاه، موضوع مطروحه، توصیف و قانون ماهوی حاکم بر آن از این طریق انتخاب می‌شد. رفته رفته معیارهای دیگری چون اصل آزادی اراده، در فرض فقد آن اختیار دادگاه به تعیین قانون حاکم، حاکمیت قانون کشوری که نزدیک‌ترین ارتباط را با موضوع مطروحه دارد، قانون محل انعقاد قرارداد و ... جایگزین اصل سخت و انعطاف‌ناپذیر «حکومت قانون مقر دادگاه» شد و مقوله تعارض قوانین در خصوص ماهیت دعوا در رسیدگی‌های قضایی را موجب گردید.

عیناً چنین تعارضی در مرحله رسیدگی به ماهیت دعوا نزد داور نیز مطرح است؛ قانون حاکم بر ماهیت دعوا، قانونی است که داور باید بر حل و فصل دعوا اعمال کند.^۴ تفکر به حکومت یکی از قوانین مرتبط با ماهیت دعوا، خود معلول بحث تعارض قوانین است که در داوری‌های تجاری

1. Petsche, Markus, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Private International Law, 2nd Ed, Budapest: Legal Studies Department, Central European University, 2017, p.24.

2. Scott, A.W, *Private International Law (Conflict of Laws)*, 3rd Ed, Great Britain: Macdonald and Evans Ltd, 1979, p.13.

۳. صفایی، حسین، **تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، دی ماه ۱۳۷۲، شماره ۳۰، ص ۲۷.

۴. سلجوقی، محمود، **حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین، تعارض صلاحیت‌ها)**، جلد ۲، تهران: نشر میزان، چاپ ششم، زمستان ۱۳۸۹، ص ۷۸.

بین‌المللی به لحاظ ویژگی منحصر به فرد آن، چهره خاصی را پیدا می‌کند و با معیارهای حقوق بین‌الملل خصوصی انطباق کامل ندارد.^۱

۱.۱.۳. تعارض قوانین در ارتباط با موافقت‌نامه (شرط) داوری

اساساً علت اینکه قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری می‌تواند از قانون حاکم بر قرارداد اصلی (ماهیت دعوا) متفاوت باشد، جریان قاعده «استقلال شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی» است.^۲ این قاعده که یکی از قواعد شناخته شده در داوری داخلی و بین‌المللی است، علی‌رغم اینکه داوری را شرط ضمن عقد (قرارداد) محسوب می‌کند، با استدلالی آن را یک توافق جداگانه به حساب آورده و جز در موارد استثنایی تحت تأثیر و تبعیت از قرارداد اصلی نمی‌داند. حال که قرارداد اصلی و شرط داوری دو امر جداگانه هستند، می‌توانند تابع دو قانون مجزا نیز باشند. اما قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری، قانون منتخب طرفین است یا قانون منتخب داور یا قانونی دیگر؟ طرح این سؤال، نقطه آغاز بحث تعارض قوانین در خصوص موافقت‌نامه داوری است.

۱.۲. بررسی نظریات مربوط به تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی

در صورتی که در خصوص قرارداد منعقد شده میان اطراف آن قرارداد، اختلافی پدید آید و شرط داوری فعال شود و نهایتاً دعوا نزد داور اقامه گردد، آنگاه داور مکلف است تعارض قوانین در هریک از مراحل پیش‌گفته را حل و قانونی را حاکم نماید؛ در خصوص اینکه چه قانونی باید توسط داور در هر مرحله حاکم شود، نظریاتی در قالب راه‌حل تعارض قوانین توسط علمای حقوق مطرح شده است که به اختصار و در حد ضرورت از نظر خواهد گذشت.

۱.۲.۱. نظریات مربوط به قانون حاکم بر آیین داوری (رسیدگی شکلی)

در داوری اصل بر حاکمیت اراده است و این اصل در قانون حاکم بر آیین داوری نیز به رسمیت شناخته شده است. اما در فرض فقدان قانون منتخب بر آیین داوری توسط طرفین، اختیار با داور است که چه قانونی را حاکم نماید؛ در این خصوص عده‌ای معتقدند که داور باید قانون مقرر را بر آیین داوری حاکم نماید و اگر قانون مقرر را انتخاب نکرد، مکلف است حداقل یک

۱. صفایی، حسین، پیشین، ص ۲۶.

۲. بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ اشعار می‌دارد: «... شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود...».

دسته از قواعد ملی را برگزیند؛ چرا که داوری ماهیت و جوهره خود را از نظام حقوقی داخلی می‌گیرد و لذا در فرض سکوت طرفین باید قواعد ملی حاکم شود؛ مضافاً اینکه قواعد ملی برای طرفین نیز قابل پیش‌بینی است. دیدگاه دیگری که به نسبت جدیدتر است، با تأکید بر ویژگی «خصوصی» بودن داوری به عنوان شیوه حل و فصل اختلافات، اشعار می‌دارد که وقتی طرفین قانونی را بر آیین داوری حاکم نمی‌کنند، در واقع قصدشان این بوده است که داوری وابسته به هیچ نظام حقوقی نباشد؛ لذا داور به هیچ وجه مکلف به اعمال قواعد ملی نیست، بلکه می‌تواند قواعد تجاری فراملی را بر آیین داوری حاکم کند.^۱

البته در این میان نظریه‌ای دیگر نیز تحت عنوان «صلاحیت عام حقوق بین‌الملل عمومی» مطرح است که امروز طرفدار قابل توجهی ندارد. به موجب این نظریه، در صورتی که طرفین قانون حاکم بر آیین داوری را انتخاب نمایند، آیین داوری از تابعیت قوانین داخلی خارج می‌شود، اما معلق نمی‌ماند و تحت لوای نظم حقوق بین‌الملل عمومی قرار می‌گیرد؛ کما اینکه در دعوی شرکت‌های Texaco – Calasitatic از این رویه استفاده گردید.^۲ همان‌طور که مشخص است، این نظریه خاص حقوق بین‌الملل عمومی است و ارتباطی با حقوق بین‌الملل خصوصی ندارد. در حقوق ایران نیز با توجه به ماده ۱۹ قانون «داوری تجاری بین‌المللی» مصوب ۱۳۷۶، اصل بر حاکمیت اراده است و در فرض فقدان قانون منتخب طرفین، داور است که بنا بر بند دوم، قانون را انتخاب می‌کند.

صرف نظر از ارزیابی نظریات فوق‌الذکر، وجه اشتراک تمامی آنها، ترجیح یکی از قوانین مرتبط با آیین داوری، انتخاب و حاکم نمودن آن بر موضوع مذکور است تا از طریق قانون حاکم، رسیدگی شکلی انجام گیرد.

۱.۲.۲. نظریات مربوط به قانون حاکم بر ماهیت دعوا

در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا نیز اصل حاکمیت اراده جاری است؛ لذا در صورتی که طرفین قانون حاکم را تعیین کرده باشند، داور باید همان قانون را بر ماهیت دعوا حاکم نماید.^۳ اما اما انتخاب قانون حاکم توسط طرفین متضمن نکاتی است:

۱. بهمنی، محمدعلی، «تقریرات درس داوری‌های تجاری بین‌المللی» (مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی)، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال نخست تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲، صص ۱۴۲ و ۱۴۳.

۲. اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۱۶۹.

۳. همین موضع را مقرر رم ۱ (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی - سال ۲۰۰۸ میلادی) در ماده ۳ (Freedom of Choice) بیان کرده است و قانون حاکم بر قراردادها را قانون منتخب طرفین دانسته است: Article 3: "1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case..."

- قانون حاکم می‌تواند قانون ملی، قواعد فراملی بازرگانی یا اصل انصاف و کدخدامنشی باشد. حتی طرفین می‌توانند در این خصوص به مکانیزم دیپوساژ^۱ متوسل شوند و بر قسمت‌های قابل تفکیک قراردادشان، قوانین متفاوتی را حاکم نمایند.^۲
- در فرضی که قانون منتخب طرفین از زمان انتخاب تا زمان بروز اختلاف تغییر نماید، عده‌ای معتقدند که قانون زمان انتخاب حاکم است؛ چون آن قانون متعلق قصد طرفین است.^۳ اما دسته‌ای دیگر استدلال می‌نمایند که اولاً، قانون موجود جاری و ساری است؛ ثانیاً، فرض بر این است که قانون جدید همواره بهتر و کامل‌تر از قانون قدیم است؛ ثالثاً، محتوای قانون در زمان انتخاب توسط طرفین کنکاش نمی‌شود، بلکه نظام حقوقی مربوطه، مورد نظر طرفین است و رابعاً، فرض تغییر احتمالی قانون همیشه مدنظر طرفین است و اگر مقصودشان قانون زمان انتخاب باشد، بدان تصریح می‌کنند؛ لذا در این خصوص، قانون زمان بروز اختلاف، حاکم است.^۴
- اما در فرضی که قانون حاکم بر ماهیت دعوا توسط طرفین انتخاب نمی‌شود، داور است که قانون حاکم را تعیین می‌کند. در خصوص معیار انتخاب قانون توسط داور سه نظریه مطرح است: الف) نظریه اعمال قانون مقر داوری که حسب مورد قاعده حل تعارض مقر یا قاعده ماهوی مقر، اعمال می‌گردد؛^۵ این نظریه بیشتر ریشه در رسیدگی‌های قضایی دارد.
- ب) نظریه آزادی داور. این نظریه در حال حاضر از مقبولیت بیشتری برخوردار است. به موجب این نظریه، داور می‌تواند برای اعمال قانون حاکم یکی از طرق ذیل را انتخاب کند:
- اول، اعمال جمعی قواعد حل تعارض کشورهای مرتبط با دعوا. در چارچوب این طریق، داور ابتدا کشورهای مرتبط با دعوا را شناسایی می‌کند و سپس به طور هم‌زمان قواعد حل تعارض کشورها را اعمال می‌نماید. بدیهی است، اگر قواعد حل تعارض کشورهای مرتبط به قانون ماهوی یکسانی ارجاع ندهند، به کارگیری این روش، سالبه یا انتفاء موضوع خواهد بود.^۶

1. Depeçage

2. Rome I Regulation 2008: Article 3: "... By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract."

۳. سلجوقی، محمود، پیشین، ص ۱۷۳.

۴. بهمنی، محمدعلی، پیشین، ص ۱۲۲.

۵. الماسی، نجادعلی، پیشین، صص ۱۲۶ و ۱۲۷.

۶. بهمنی، محمدعلی، پیشین، صص ۱۲۶ و ۱۲۷.

دوم، اعمال قاعده حل تعارض مقبول در حقوق بین‌الملل خصوصی تطبیقی؛ در این طریق، داور قاعده حل تعارضی را که در حقوق بین‌الملل خصوصی تطبیقی از مقبولیت بیشتری برخوردار است، انتخاب می‌کند. بسته به موضوع مطروحه، قاعده حل تعارض مقبول، متفاوت خواهد بود و لزوماً مرادف با قواعد حل تعارض کشورهای مرتبط با دعوا نیست.^۱

سوم، اعمال قاعده حل تعارضی است که داور با توجه به نیازهای تجارت بین‌الملل، مناسب تشخیص می‌دهد؛ این مسیری است که قانون آنسیترال در بند ۲ ماده ۲۸ خود پیموده است. این قاعده حل تعارض ممکن است مقبول‌ترین قاعده نباشد، ولیکن با نگاهی که داور به قاعده ماهوی (نتیجه اعمال قاعده حل تعارض) دارد و با توجه به موضوع مطروحه نزد او، مناسب‌ترین قاعده است.^۲

چهارم، اعمال مستقیم قانون یا قاعده ماهوی بر ماهیت دعواست؛ در این طریق گاه قواعد ملی و گاه قواعد فراملی بازرگانی بر دعوا حاکم می‌شود؛ حتی ممکن است ترکیبی از این دو قاعده بر دعوا حاکم شود.^۳

ج) نظریه خاص قراردادهای دولتی. در مواردی که یک طرف دعوا، دولت یا نهادهای دولتی است و قانونی توسط طرفین تعیین نمی‌گردد، قانون دولت یا نهاد دولتی طرف قرارداد بر ماهیت دعوا حاکم می‌شود، فرض بر آن است که دولت در این مورد خود را تحت حکومت قانون کشور دیگری قرار نمی‌دهد.^۴

ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين‌المللى ايران مصوب ۱۳۷۶، در خصوص قانون حاکم بر ماهیت دعوا، ابتدا اصل حاکمیت اراده را لحاظ نموده و در فرض فقد انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، قاعده حل تعارضی را که به قانون ماهوی مناسب می‌رسد، حاکم دانسته است.

صرف نظر از ارزیابی نقطه قوت و ضعف نظریات فوق، وجه اشتراک تمامی آنها، ترجیح یکی از قوانین مرتبط با ماهیت دعوا، انتخاب و حاکم نمودن آن بر موضوع مذکور است تا از طریق قانون حاکم، رأی داور صادر گردد.

۱. همان، ص ۱۲۸.

2. Croff, Carlo, *The Applicable Law in International Commercial Arbitration: Is It still a Conflict of Laws Problem?*, 1st Ed, New York: American Bar Association pub, 1982, p.29.

3. Gravson, R.H, *The Conflict of Laws*, 7th Ed, Great Britain: Sweet and Maxwell Ltd, 1974, p.235.

۴. بهمنی، محمدعلی، پیشین، صص ۱۳۰ و ۱۳۱.

۱.۲.۳. نظریات مربوط به قانون حاکم بر موافقتنامه (شرط) داوریه

اصل حاکمیت اراده چنان رکنی در داوریه است که در خصوص قانون حاکم بر موافقتنامه نیز نقش تعیین کننده دارد و به طرفین این اختیار را می دهد که قانون مورد توافق خود را بر آن حاکم نمایند. اما در فرضی که طرفین در خصوص قانون حاکم بر موافقتنامه داوریه سکوت نموده باشند، عده ای قائل به حکومت قانون حاکم بر قرارداد اصلی (ماهیت دعوا) بر موافقتنامه داوریه نیز هستند؛ اما در مقابل، دسته ای معتقدند موافقتنامه داوریه و قرارداد اصلی کاملاً از یکدیگر جدا و متمایزند و لذا لزومی به حکومت قانونی خاص (از جمله قانون حاکم بر قرارداد اصلی) بر موافقتنامه داوریه نیست؛ در این موارد آداب و رسوم حوزه تجارت بین الملل، اعتبار موافقتنامه داوریه را ارزیابی خواهد نمود.^۱

دیدگاه غالب امروزی، در فرض سکوت طرفین، حکومت قانون مقرر داوریه را بر موافقتنامه مطرح می نماید؛^۲ چون حکومت این قانون موجب می شود رأی صادره در فرض اعتراض در این کشور در معرض ابطال قرار نگیرد و حتی اجرای آن در چهارچوب مفاد کنوانسیون نیویورک، با سهولت بیشتری انجام گیرد.

مواد ۱۶ و ۳۳ قانون داوریه تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶، اصل حاکمیت اراده را در خصوص قانون حاکم بر موافقتنامه داوریه جاری نموده و در فرض سکوت طرفین، قانون مقرر داوریه را ملاک و مناط عمل قرار داده است؛ زیرا ابطال رأی داوریه در فرض عدم مطابقت موافقتنامه با قانون ایران (قانون مقرر) را مطرح کرده است.

در این مورد نیز، وجه اشتراک تمامی نظرهای مذکور، ترجیح یکی از قوانین مرتبط با موافقتنامه داوریه، انتخاب و حاکم نمودن آن بر موضوع مذکور است.

1. Croff, Carlo, Op.cit, p.18.

۲. بهمنی، محمدعلی، پیشین، صص ۱۲۶ و ۱۲۷.

۲. امکان‌سنجی طرح تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی، ذیل منطق حاکم بر تنافی ادله^۱ در اصول فقه

همان‌طور که از نظر گذشت، مبحث تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی به عنوان یکی از مباحث مهم و قابل توجه با تفکیک میان مراحل رسیدگی و موضوع تعارض، و ایضاً اختصاص شیوه‌ای خاص برای حل تعارض مطروحه از منطق مربوط به خود تبعیت می‌کند. اصول فقه به عنوان یکی از دانش‌های مطروحه در عالم اسلام، با رسالت طرح بنای طریق و روش برای استنباط احکام، در ابواب مختلف خود به اقسام تعارض اشاره کرده است؛ تعارضاتی که مربوط به ادله استنباط احکام و نفس احکام بوده و اصولیون و فقها را بر آن داشته که منطقی را در خصوص آن بنا نهند؛ منطقی که در پی شناسایی ماهیت و سطوح تعارض و شیوه حل آن باشد. اقسام تعارض مطروحه در ابواب مختلف دانش اصول (و گاه دانش فقه) ذیل عنوان عام تنافی ادله گردآوری شده است.

تعارض، مصدر از باب ثلاثی مزید «تفاعل» است و با توجه به معنای مستفاد از این باب، امری طرفینی است که نیازمند دو فاعل باشد. در تعارض، دو دلیل در مقابل هم ظاهر می‌شوند و ابراز وجود می‌کنند. همان‌طور که ممکن است بگوییم عرض اندام می‌کنند و خود را در مقابل دیگری از نظر حجیت، هم‌عرض و هم‌اندازه می‌دانند.^۲ در تعریف مشهور از تعارض گفته‌اند: «التعارض هو تنافی مدلولی الدلیلین علی وجه التناقض أو التضاد».^۳

در این قسمت از نوشتار حاضر، سعی بر آن است که با اشاره‌ای گذرا به ماهیت هریک از حالات و سطوح مذکور، به این پرسش پاسخ دهیم که آیا منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی مختص به این نوع ناسازگاری است یا اینکه قابل تطبیق با منطق حاکم بر تعارضات مطروحه در دانش اصول فقه می‌باشد؟ به عبارت دیگر، آیا میان منطق حاکم بر این دو جنس از ناسازگاری، وجه اشتراکی وجود دارد؟

۱. مقصود از عبارت «تنافی» در این نوشتار، همان «تعارض بالمعنی الأعم» است که جهت جلوگیری از خلط آن با حالت «تعارض بالمعنی الأخص» از آن استفاده شده است.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، *مباحثی از اصول فقه؛ دفتر سوم: اصول عملیه و تعارض ادله*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، همان، ص ۱۲۴.

۳. انصاری، مرتضی، *فرائد الأصول (رسائل)*، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ ق، ص ۷۵۰.

با عنایت به جمع‌آوری مبحث تعارضات در ابواب مختلف دانش اصول (و فقه) ذیل سه عنوان اجتماع امر و نهی، تراحم و تعارض بالمعنی الأخص^۱، ضمن اشاره‌ای مختصر به منطق حاکم بر هریک از این حالات، به تطبیق منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی با حالات مذکور خواهیم پرداخت.

۲.۱. اجتماع امر و نهی

اصولیین غالباً مبحث اجتماع امر و نهی را ذیل باب «اوامر و نواهی» مطرح و برای اصولی دانستن آن نیز استدلالاتی را ارائه کرده‌اند^۲ و در خصوص اینکه آیا اجتماع امر و نهی در مکلف به واحد ممکن است یا خیر، اختلاف آرای مهمی پدید آمده است.^۳

اجتماع امر و نهی رخداد حالتی است که در آن، دو دلیل با عموم بدلی در عالم امثال در مقام حکمرانی بر مکلف به واحدی^۴ با یکدیگر در تنافی هستند. همان‌طور که از عنوان آن برمی‌آید، در اجتماع امر و نهی مفاد یک دلیل را امر و مفاد دلیل دیگر را نهی تشکیل می‌دهد. نظر به اینکه عموم نهی، ذاتاً استغراقی است؛ لذا بنا بر تعریف ارائه شده اولیه، قدر متیقن آن است که عموم امر باید بدلی باشد والا با تعارض (بالمعنی الأخص) روبه‌رو خواهیم بود. لذا شخص مکلف در حالت اجتماع امر و نهی با انجام عمل واحد، در حالت عمل به مدلول امر (واجب) و نهی (حرمت) صادر شده از سوی شارع است. طریق حل این جنس از تنافی (صرف نظر از طریق بدوی و عام حل دلالی یا جمع عرفی) آن است که مکلف عملی را برگزیند که حداقل تصرفات مشمول نهی را داشته باشد.

۱. البته در خصوص اصل این تقسیم‌بندی و محتوای هریک از آنها میان فقها و اصولیین اختلاف نظر است و هریک مباحث مزبور را ذیل باب خاصی از کتب اصولی جای داده‌اند؛ با عنایت به اینکه در مقاله حاضر امکان بررسی تمام آرا وجود ندارد، ذیل نظر مشهور اصولیین، به موضوع اصلی پرداخته شده است.

۲. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق، ص ۳۸۳. / خراسانی (آخوند)، محمد کاظم بن حسین، *کفا به الأصول*، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق، صص ۱۵۲ و ۱۵۳.

۳. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، جلد ۲، پیشین، صص ۳۷۹ - ۳۸۱؛ صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الأصول*، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۸ ق، صص ۳۴۵ - ۳۴۸.

۴. منظور از «واحد»، واحد بالوجود است نه واحد بالجنس.

با ارائه توضیحات فوق، مشخص است که منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی قابل تطبیق با مبحث اجتماع امر و نهی اصولی نیست؛ چرا که اولاً تنافی و ناسازگاری مطروحه در اجتماع امر و نهی، مربوط به مرحله امتثال است و مکلف حین انجام حکم دچار تنافی می‌شود؛ لذا مدلول دو دلیل در عالم صدور و تشریح با یکدیگر ناسازگار نیستند. در حالی که در تعارض قوانین، دو یا چند قانون از حیث مفاد در مرحله صدور با یکدیگر تنافی و ناسازگاری دارند و و نوبت به تنافی در عالم عمل نمی‌رسد. ثانیاً، جنس تنافی در اجتماع امر و نهی، همان‌طور که از عنوان آن بر می‌آید، جمع احکام در معنوی و فعل واحدی است که سبب ایجاد نوعی ناسازگاری شده است؛ در حالی که در تعارض قوانین، اساساً بحث اجتماع در موضوع واحدی مطرح نیست. لذا امکان طرح مبحث تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی ذیل منطق حاکم بر اجتماع امر و نهی، وجود ندارد.

۲.۲. تزامم

اصولیین غالباً مبحث تزامم را ذیل باب «تعادل و تراجیح» و در خصوص «تعارض بالمعنی الأخص» مورد بحث قرار داده‌اند.^۱ مبحث مذکور، اگرچه در کتب اصولی مورد بحث قرار گرفته است، از آن نظر که فی‌الواقع مربوط به تنافی احکام و در مرحله فعلیت است، ماهیتاً مبحثی فقهی است و علت طرح آن ذیل مباحث اصولی، به منظور اشاره به نقاط افتراق آن با تعارض بالمعنی الأخص، به عنوان جنسی دیگر از تنافی، می‌باشد.

تزامم رخداد حالتی است که در آن، دو دلیل با عموم بدلی در عالم امتثال (در مقام اجرا و اعمال حکم یا فعلیت) با یکدیگر در تنافی‌اند و عموماً مفاد هر دو دلیل را امر یا نهی تشکیل می‌دهد. در رخداد حالت تزامم شخص مکلف نقشی ندارد ولیکن گزینه جایگزین وجود دارد؛ مفاضاً اینکه تزامم می‌تواند در هر سه حالتی که مفاد دو دلیل رابطه تساوی، عموم و خصوص مطلق یا عموم و خصوص من وجه دارند، رخ دهد؛ لذا در مورد تزامم، مکلف در آن واحد باید به مفاد دو حکم شارع امتثال و عمل نماید و امکان انجام هر دو آنها برای مکلف وجود ندارد؛ طریق

۱. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق، صص ۲۱۴ - ۲۲۱.

حل تراحم توسط اصولیون (صرف نظر از طریق بدوی و عام حل دلالی و جمع عرفی) بسته به ایجاد حالت تعادل یا تراجیح متفاوت است.^۱

با عنایت به مراتب فوق، واضح است که منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی با منطق حاکم بر تراحمات، متفاوت است؛ چرا که تراحم مربوط به تنافی و ناسازگاری در عالم امثال و فعلیت است؛ یعنی دو دلیل بدون آنکه از حیث مدلول و در عالم جعل و صدور با یکدیگر تنافی داشته باشند، منتهی به صدور احکامی شده‌اند که احکام مزبور حین امثال توسط مکلف، ناسازگاری ایجاد می‌نمایند. اما در تعارض قوانین، تنافی مستحدث مربوط به عالم صدور است؛ قوانین مصوب چند کشور که با موضوع دعوی مطروحه ارتباط دارند، از حیث مفاد و مقررات با یکدیگر ناسازگارند و بحث ناسازگاری در مرحله فعلیت مطرح نیست. بنابراین، از حیث تفاوت در سطح ناسازگاری، تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی نمی‌تواند ذیل منطق حاکم بر تراحمات تفسیر گردد.

۲.۳. تعارض

اصولیون مبحث تعارض ادله استنباط احکام شرعی را ذیل باب یا مقصد «تعادل و تراجیح» مورد بررسی قرار داده و گاه عنوان عام «تعارض ادله» را بر آن نهاده‌اند.^۲

تعارض ادله، رخداد حالتی است که در آن، دو دلیل با عموم استغراقی در عالم ثبوت، تشریح، دلالت یا جعل با یکدیگر در تنافی‌اند و عموماً مفاد یکی از آنها را امر و مفاد دیگری را، نهی تشکیل می‌دهد. در رخداد حالت تعارض، مکلف هیچ نقشی ندارد و مشکل در عالم تشریح است؛ مفاداً اینکه تعارض می‌تواند در هر سه حالتی که مفاد دو دلیل رابطه تساوی، عموم و خصوص

۱. مشهور اصولیون در حالت تراحم دو حکم متعادل، قائل به تخییر هستند؛ اما دسته‌ای معتقدند که این تخییر به سبب وجود روایاتی که از آن حمایت می‌کند، تخییر شرعی است و دسته‌ای معتقدند که این تخییر هیچ پشتوانه روایی ندارد و فی‌الواقع انتخاب لاعلی‌التعین بدون هیچ وجه شرعی است و لذا نوعی تخییر عقلی می‌باشد. ماحصل اختلاف، این نکته است که اگر قائل به جریان حکم تخییر عقلی در متزاحمین متعادلین باشیم، با ادنی مرجح از حالت تعادل خارج می‌شویم (همان، صص ۲۱۶ و ۲۱۷). مبنای مرجحات در باب تراحم، اهم و مهم نمودن یکی از دو دلیل بر اساس اصل مصلحت است. اصولیون مرجحاتی را بر این مبناء، به صورت تمثیلی احصا نموده‌اند (همان، صص ۲۱۷ - ۲۲۰).

۲. همان، ص ۲۱۰؛ خراسانی (آخوند)، محمد کاظم بن حسین، پیشین، ص ۴۳۵.

مطلق یا عموم و خصوص من وجه دارند، رخ دهد.^۱ فی‌الواقع تعارض ادله، تنافی مدلول دو دلیل است؛ به نحوی که مفاد آنها در مقام تکذیب یکدیگر برآیند.^۲ لذا به همین دلیل است که عنوان شده، بازگشت «تعارض» به «تکاذب» است؛ به این معنی که دو دلیل از نظر «صدق» با یکدیگر قابل جمع نباشند. شرط وجود حجیت شرعی برای دو دلیل از جمله شرایط و مقدمات لازم برای تحقق تعارض است.^۳ لذا در فرض تحقق تعارض ادله، مجتهد با این پرسش روبرو است که کدام دلیل را باید مبنای استنباط حکم قرار دهد؟ چرا که مدلول دو دلیل در مقابل هم بوده و امکان برقراری جمع میان آنها وجود ندارد. طریق حل ناسازگاری در تعارض ادله (صرف‌نظر از طریق بدوی و عام حل دلالتی یا جمع عرفی) حسب ایجاد حالات تعادل یا ترجیح متفاوت خواهد بود؛ توضیح آنکه در فرض وجود مرجحات منصوص و مورد نظر اصولیون، یکی از دو دلیل بر دیگری مقدم شده و مبنای استنباط حکم قرار می‌گیرد^۴ و در صورتی که مرجحی وجود نداشته باشد، بنابر نظریه مشهور، حکم مستنبط از اقتضای قاعده اولیه، «تساقط» دو دلیل متعارض است.^۵

۱. برای مثال، دلیلی که بر انفعال آب قلیل مطرح شده با دلیلی که بر عدم انفعال آب قلیل ارائه شده، در تعارض است یا دلیلی که بر عدم استحباب قنوت در نافله شفع بیان شده با دلیلی که دال بر استحباب آن است در تعارض است (محقق داماد، سید مصطفی، *مباحثی از اصول فقه؛ دفتر سوم: اصول عملیه و تعارض ادله*، پیشین، ص ۱۲۳).

۲. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، جلد ۳، پیشین، ص ۲۱۱.

۳. برای مطالعه بیشتر در خصوص شروط لازم برای تحقق تعارض، نک: مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق، صص ۲۱۱-۲۱۴.

۴. با توجه به اینکه در تعارض ادله (بالمعنی الأخص)، تنافی و ناسازگاری میان مدلول دو دلیل و در عالم تشریح است، مقصود از مرجح، وجه ترجیحی است که یک دلیل را ادلّ از دلیل دیگر نشان می‌دهد. لذا اصولیون برخی مرجحات را بر پایه این مبنا به صورت تمثیلی احصا نموده‌اند (همان، ص ۲۴۸).

۵. بنابر حکم اولیه عقل، نظر مشهور قائل به تساقط ادله متعارض و نظر مقابل، قائل به تخییر است. مبنای اختلاف به این امر بازمی‌گردد که فقها معتقدند وصول به حالت «قطع»، به دو روش «موضوعی» و «طریقی» انجام می‌گیرد. امارات به عنوان قسمی از ادله ظن‌آور هستند، ولی این قسم از امارات و ظنون جایگزین «قطع طریقی» می‌گردند و این جایگزینی می‌تواند سببیت داشته باشد؛ یعنی شارع آنها را جایگزین و سبب قطع طریقی قرار داده است؛ یا می‌تواند طریقت داشته باشد، یعنی بدون آنکه شارع آنها را سبب قطع طریقی قرار داده باشد، خود کاشف از واقع هستند. حال دسته نخست که قائل به سببیت می‌باشند، در تعارض اماراتی که در حالت تعادل هستند، نیز قائل به تخییر می‌شوند؛ چراکه معتقدند شارع، قائل به سببیت و حجیت این امارات شده و نمی‌توان از حجیت هر دو دست کشید. دسته دوم که قائل به طریقت می‌باشند، در تعارض اماراتی که در حالت تعادل هستند، نیز عقیده به تساقط (نظر مشهور) دارند و در این صورت حکم قضیه از طریق اصول عملیه به صورت ظاهری صادر خواهد شد؛ چراکه ممکن است هیچ‌کدام کاشف از واقع نبوده و لذا فاقد حجیت باشند. صرف‌نظر از حکم اولیه عقل، عده‌ای نیز با بررسی مدلول روایات مربوط به این حوزه (قاعده ثانویه) اختلاف نظر تساقط (توقف)، احتیاط و ←

با توجه به مطالب مذکور، به نظر می‌رسد که تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی با تعارض ادله استنباط احکام، از حیث سطح و مرحله بروز و تحقق ناسازگاری، واجد شباهت است؛ توضیح آنکه در مبحث تعارض قوانین، ناسازگاری میان مقررات و مفاد قوانینی است که به لحاظ ارتباط با موضوع دعوا قابلیت حکومت بر آن را دارد و لذا تنافی مذکور در مرحله صدور (تقنین) واقع می‌شود؛ در تعارض ادله شرعی نیز ناسازگاری میان مدلول ادله‌ای است که به لحاظ ارتباط با موضوع مطروحه، قابلیت حکومت بر آن را دارد و باز هم تنافی مذکور در عالم صدور (تشریح) تحقق می‌یابد. به طوری که در هر دو نوع تنافی، امکان جمع و اعمال قوانین و ادله متعارض در آن واحد وجود ندارد و ناگزیر باید یکی از آنها حاکم گردد؛ در تعارض قوانین، از میان قوانین متعارض، قانونی انتخاب شده و رأی دعوای مطروحه بر اساس آن صادر می‌شود و در تعارض ادله، در فرض وجود مرجحات، دلیلی ترجیح داده شده و مبنای صدور حکم شرعی قرار می‌گیرد. از توضیح اخیرالذکر مطلب دیگری نیز مشخص گردید؛ اینکه منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی با منطق حاکم بر تعارض ادله (بالمعنی الأخص) در حالت ترجیح قابل انطباق است و نه حالت تعادل؛ چراکه در حالت تعادل، بنابر نظر مشهور، ادله شرعی ساقط شده و حالت فقد دلیل ایجاد می‌شود؛ در این حالت با توسل به اصول عملیه نسبت به صدور حکم ظاهری اقدام می‌شود. اما به لحاظ فقد ساز و کاری شبیه به اصول عملیه در تعارض قوانین، لزوماً از میان قوانین متعارض، قانونی - مستند به نظریات مطروحه - بر دعوا حاکم می‌شود تا رأی مورد نظر صادر گردد؛ لذا مقوله تساقت قوانین، در تعارض قوانین جای ندارد و هریک از نظریات مطروحه می‌کوشد با تعیین وجه ترجیح برای یکی از قوانین متعارض، آن را بر دعوا و اختلاف مطروحه حاکم نماید.

لذا منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی با منطق حاکم بر تعارض ادله (بالمعنی الأخص) در اصول فقه در حالت ترجیح قابل انطباق و هماهنگی است؛ چرا که اولاً در هر دو مورد، تنافی و ناسازگاری در عالم صدور و جعل (قانون و ادله شرعی) حادث می‌شود و ثانیاً، در هر دو مورد، تلاش می‌شود، تنافی و ناسازگاری مطروحه، با لحاظ جنس و ماهیت

→تخیر را مطرح می‌نمایند (همان، صص ۲۲۶ - ۲۲۹؛ محمدی، قاسم، «تقریرات درس اصول فقه ۲»، (مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی)، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال نخست تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲، صص ۹۴ و ۹۵).

ناسازگاری از طریق ایجاد و احصاء مرجحات، حل گردد. لذا امکان طرح تعارض قوانین ذیل منطق حاکم بر تعارض ادله اصولی در حالت ترجیح و طرح ادعای اتخاذ الگو از آن، وجود دارد. تنها تفاوت میان این دو قسم تنافی آن است که در تعارض ادله اصولی، در فرض فقد مرجح، تساقط دلیلین و فتح باب اصول عملیه راهگشا خواهد بود؛ در حالی که در تعارض قوانین، لزوماً قانونی از میان قوانین متعارض، بر پایه مرجحات مذکور در نظریات مربوطه، بر دعوا حاکم می‌گردد و نوبت به امر دیگری نخواهد رسید.

نتیجه‌گیری

وجه شبه مبحث تنافی ادله در اصول فقه و تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی، وجود اصل «ناسازگاری» میان «منابع» است؛ همان‌طور که در اصول فقه، ممکن است میان منابع (ادله) فقهی یا شرعی ناسازگاری رخ دهد، در داوری‌های تجاری نیز ممکن است میان اهم منابع حقوقی (قانون) ناسازگاری اتفاق افتد؛ در این صورت پرسش اصلی این است که آیا میان این دو جنس از تنافی هماهنگی و شباهتی از حیث منطق حاکم وجود دارد؟

علمای حقوق و داوری، به منظور حل تعارضاتی که ممکن است در خصوص قانون حاکم بر دعوا تحقق یابد، نظریاتی را ارائه داده‌اند؛ ایشان، حسب اینکه تعارض قوانین در خصوص آیین داوری، ماهیت دعوا یا موافقت‌نامه داوری رخ دهد، راه‌حلهایی را مطرح نموده‌اند که فارغ از استدلال و ماهیت نظریات مذکور، وجه اشتراک همه آنها «ترجیح یکی از قوانین متعارض» و حاکم نمودن آنها بر دعواست.

از سوی دیگر، اصولیون، در ابواب مختلف، اقسام تعارض را به فراخور موضوع دانش اصول فقه، مطرح نموده‌اند که قابل ارائه در سه دسته و موضوع کلی است؛ اجتماع امر و نهی، تزامم و تعارض. موضوع اجتماع امر و نهی و تزامم، آن قسم از تنافی و ناسازگاری است که مکلف در عالم امتثال و اجرای موضوع حکم شرعی با آن برخورد می‌کند و لذا به لحاظ تفاوت در مرحله و سطح تنافی، قابلیت تطبیق با تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی را ندارد؛ چرا که در تعارض قوانین، تنافی و ناسازگاری میان مقررات و قوانین کشورهای مختلف در سطح صدور (تقنین) واقع می‌شود، و نه سطح اجرا.

اما به نظر می‌رسد که منطق حاکم بر تعارض قوانین با منطق حاکم بر تعارض ادله (بالمعنی الأخص) در حالت ترجیح، قابل انطباق باشد و بتواند ذیل آن مطرح گردد؛ چرا که اولاً، در هر دو مورد «تنافی» و «ناسازگاری»، در مرحله صدور و جعل (تقنین و تشریح) واقع شده و ثانیاً، به منظور حل تنافی و ناسازگاری مذکور، تلاش بر آن است که با ایجاد ترجیح - متناسب با ماهیت و جنس ناسازگاری - یکی از قوانین و ادله متعارض بر دیگری مقدم گردد تا رأی دعوا و حکم قضیه شرعی مطروحه صادر گردد. وجه افتراق میان این دو جنس از تنافی نیز محلی است که تعارض ادله در حالت تعادل مطرح می‌گردد که بنابر نظر مشهور، تساقط دلیلین، طریق حل تعارض است؛ حال آنکه در تعارض قوانین، به هر طریقی، قانون حاکم، با وجه ترجیح از میان قوانین متعارض، انتخاب شده و رأی مربوطه صادر می‌گردد و لذا موردی تحت عنوان «تعادل» و «تساقط» مطرح نخواهد شد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. الماسی، نجاد علی، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۹.
۲. سلجوقی، محمود، *حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین، تعارض صلاحیت‌ها)*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، چاپ ششم، زمستان ۱۳۸۹.
۳. شیروی، عبدالحسین، *داوری تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات سمت، چاپ دهم، ۱۳۹۶.
۴. گرجی، ابوالقاسم، *ادوار اصول فقه*، تهران: نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۵.
۵. محقق داماد، سید مصطفی، *مباحثی از اصول فقه؛ دفتر سوم: اصول عملیه و تعارض ادله*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
۶. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ اصول فقه*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سی و دوم، ۱۳۸۸.

مقاله

۷. اسکینی، ربیعا، *تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی*، مجله حقوقی بین‌المللی، پاییز و زمستان ۱۳۶۸، شماره ۱۱.
۸. صفایی، حسین، *تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، دی ماه ۱۳۷۲، شماره ۳۰.
۹. محقق داماد، سید مصطفی، *تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۱)*، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، شماره ۴۴.

تقریرات

۱۰. بهمنی، محمدعلی، «تقریرات درس داوری‌های تجاری بین‌المللی»، (مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی)، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال نخست تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲.

۱۱. محمدی، قاسم، «تقریرات درس اصول فقه ۲»، (مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی)، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال نخست تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲.

ب) منابع عربی

۱۲. انصاری، مرتضی، *فرائد الأصول (رسائل)*، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ ق.
۱۳. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم بن حسین، *کفایه الأصول*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
۱۴. صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الأصول*، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۸ ق.
۱۵. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.
۱۶. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.

ج) منابع انگلیسی

Books

17. Croff, Carlo, *The Applicable Law in International Commercial Arbitration: Is It still a Conflict of Laws Problem?*, 1st Ed, New York: American Bar Association pub, 1982.
18. De Ly, Filip, *Conflict of Law in International Arbitration (an overview article)*, 4th Ed, Munich: European Law Publisher, 2010.
19. Gravson, R.H, *The Conflict of Laws*, 7th Ed, Great Britain: Sweet and Maxwell Ltd, 1974.
20. Petsche, Markus, *Choice of Law in International Commercial Arbitration, Private International Law*, 2nd Ed, Budapest: Legal Studies Department, Central European University, 2017.
21. Scott, A.W, *Private International Law (Conflict of Laws)*, 3rd Ed, Great Britain: Macdonald and Evans Ltd, 1979.