

کشف حقیقت در داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر قواعد پراگ (۲۰۱۸)

صاحبه صمدی مله *

همایون مافی **

DOI: 10.22096/law.2021.119449.1600

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۰۷]

چکیده

مهم‌ترین مکانیزم دستیابی به حقیقت در داوری تجاری بین‌المللی انتخاب نوع نظام حاکم بر جریان داوری است. در این راستا داوران باید از میان نظام‌های اتهامی، تقنینی و مختلط، نظام مناسب را انتخاب کنند. انعطاف‌پذیری جریان داوری تجاری بین‌المللی، به‌عنوان راهکار خصوصی حل اختلاف و نیازهای خاص هر دعوا مستلزم این است که مرجع داوری با در نظر گرفتن شرایط حاکم بر دعوا، نظام کارآمد را برگزیند. این نوشتار در موازات بررسی و مذاقه در چالش‌های هر یک از رویکردها برای شناخت نظام مناسب حاکم بر جریان داوری تجاری بین‌المللی، دیدگاه «قواعد راجع به اداره کارآمد جریان رسیدگی در داوری بین‌المللی» یا «قواعد پراگ» مصوب ۱۴ دسامبر ۲۰۱۸ را واکاوی می‌کند و می‌کوشد سازوکارهای مؤثر در کشف حقیقت را معرفی نماید.

واژگان کلیدی: رسیدگی داوری؛ تحصیل دلیل؛ اسناد داوری؛ بی‌طرفی؛ بار اثبات دلیل.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول).

Email: sahebeh.samadimaleh@gmail.com

Email: hmynmafi@yahoo.com

** دانشیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.



مقدمه

هنگامی که اشخاص دعوای خود را به داوری، به‌عنوان یک نهاد خصوصی حل اختلاف ارجاع می‌دهند، خواهان آن‌اند که مقام رسیدگی‌کننده، مجری عدالت به یک شیوه منصفانه و بی‌طرفانه باشد؛ اگرچه این انتظارات به لحاظ فقدان اختیارات حاکمیتی مرجع داوری با توقعات از دادرسی دادگاه برابری نمی‌کند، اما این به معنای نفی جستجوی حقیقت در داوری نیست. مهم‌ترین گام در این راه انتخاب نظام حاکم بر جریان رسیدگی است. گاه در جریان داوری طرفین ادله، مدارک و مستندات مورد نظر را برای اثبات ادعاهای خود ارائه می‌نمایند و در این میان، مرجع داوری خارج از میدان مبارزه صرفاً نظاره‌گر صحنه تکاپوی طرفین برای اثبات ادعاهای خود است. این نوع نظام رسیدگی «اتهامی» نام دارد که در کشورهای کامن‌لا مورد عمل قرار می‌گیرد. در مقابل، نظام دیگر به داور نقش فعال در جستجوی حقیقت می‌دهد؛ ابتکار مدیریت جریان داوری از عهده طرفین خارج می‌شود و داور به‌عنوان مقام تصمیم‌گیرنده به اجرای هر اقدامی که برای کشف حقیقت لازم است مبادرت می‌کند. این جریان کشف حقیقت موسوم به «نظام تفتیشی» بوده که رویه مرسوم رسیدگی کشورهای حقوق‌نویس است. در راستای رفع موانع نظام‌های عنوان‌شده، نظام «مختلط» پایه‌گذاری شده است. داور داوری تجاری بین‌المللی همانند دادرسی برای بیمودن راه دشوار کشف حقیقت ناگزیر است یکی از نظام‌های پیش‌گفته را برای اداره جریان داوری ملاک عمل قرار دهد و نتیجه رسیدگی خود را در قالب رأی نهایی منصفانه تسلیم نماید. در بسیاری از اسناد داوری تجاری بین‌المللی اختیارات گسترده‌ای در جریان رسیدگی پیش‌بینی شده است. کانون وکلای بین‌المللی نیز قواعد راجع به تحصیل دلیل در داوری بین‌المللی را در سال ۲۰۱۰ با هدف ایجاد وحدت میان دو نظام کامن‌لا و حقوق‌نویس وضع کرده است. در راستای ادامه این هدف در سال ۲۰۱۷ در انجمن داوری روسیه بحث تدوین قواعد جدید به نام «پراگ» مطرح شد و در سال ۲۰۱۸ در کمیته نویسندگان متشکل از کشور روسیه و برخی دیگر از کشورهای عضو انجمن (کشورهای مشترک‌المنافع مستقل و اروپای شرقی و نیز پرتغال، دانمارک، سوئیس، آلمان و فرانسه) پیش‌نویس این قواعد تحت عنوان «قواعد تفتیشی راجع به تحصیل دلیل در داوری بین‌المللی» یا «قواعد پراگ» تهیه گردید که در ۱۴ دسامبر سال ۲۰۱۸ با عنوان تغییر یافته به نام «قواعد راجع به اداره کارآمد جریان رسیدگی در داوری بین‌المللی» یا «قواعد پراگ» به‌طور رسمی تصویب شده است. طبق متن پیش‌نویس قواعد پراگ، استفاده از نظام تفتیشی سبب افزایش کارآمدی جریان داوری بین‌المللی از طریق کاهش زمان و هزینه می‌شود.

بر اساس قواعد یادشده، مراجع داوری می‌توانند نقش فعال را در اثبات امور موضوعی ایفا نمایند و به انتظار ادله و مستندات طرفین نباشند. بدیهی است هر یک از طرفین برای اثبات ذی‌حقی ادله مورد نظر خود را به مرجع داوری تقدیم می‌دارد. بنابراین، مرجع داوری باید اختیاراتی داشته باشد تا با تمسک به آن‌ها بتواند حقیقت را کشف کند. در این راستا، اگرچه اختیارات اعطایی طرفین در موافقت‌نامه داوری، پیمودن راه را برای مرجع داوری هموار می‌سازد، اما در طول جریان داوری موقعیت‌هایی پیش خواهد آمد که اساساً در موافقت‌نامه‌های داوری قابل پیش‌بینی نیست. در چنین مواردی توانایی‌هایی نانوخته مرجع داوری تحت عنوان «اختیارات ذاتی» راهگشا خواهد بود. در این نوشتار بر آنیم تا مفهوم کشف حقیقت، انواع نظام‌های حاکم بر کشف حقیقت، اختیار مرجع داوری در کشف حقیقت، تحصیل دلیل در داوری و مساعدت قضایی در تحصیل دلیل بر اساس اسناد مربوط به داوری تجاری بین‌المللی و رویکرد قواعد پراگ (۲۰۱۸) را به‌عنوان آخرین سند در حوزه داوری تجاری بین‌المللی مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

مفهوم کشف حقیقت

در عالم حقوق، حقیقت به دو دسته حقیقت ماهوی (Substantive Truth) و شکلی (Formal Legal Truth) تقسیم‌بندی می‌شود. حقیقت ماهوی امری است که در طی یک رسیدگی قانونی، قضایی یا داور به آن دست می‌یابد و نتیجه حاصل شده با واقعیت بیرونی اختلاف نیز مطابق است. در مقابل، حقیقت شکلی امری است که به‌عنوان واقعیت به‌وسیله مقام رسیدگی‌کننده بر اساس ادله ارائه‌شده کشف می‌شود، اما ممکن است در عالم خارج این واقعیت موجود نباشد. به‌عبارت‌دیگر، در قلمرو قانون این حقیقت وجود دارد، اما در عالم واقع آن حقیقت واقع نشده است. در برخی از دعاوی این دو حقیقت ممکن است با یکدیگر منطبق نباشند.^۱ به نظر برخی، کشف حقیقت اعمال صحیح قانون بر وقایع مورد اختلاف (تطبیق حکم با موضوع) است،^۲ اما به نظر می‌رسد کشف حقیقت اقدامی فراتر از صرف یک تطبیق باشد. در این فرایند مقام رسیدگی‌کننده باید حقیقت موضوع مورد اختلاف را یافته، سپس حکم مقتضی را بر آن جاری کند.^۳ پرسش قابل طرح اینکه، حقیقت قابل تحقق در داوری کدامیک از موارد پیش‌گفته است؟ با توجه به ماهیت خصوصی داوری و به لحاظ اینکه جستجوی حقیقت ماهوی سبب صرف وقت و تحمیل هزینه برای طرفین داوری است، هدف داوری را باید کشف حقیقت شکلی دانست؛

1. See: Summers. 1999: 498-499.

2. See: Kelsen. 1994: 218.

3. See: Solum. 2004: 55.

بدین معنا که او با استناد به ادله تقدیمی و تحقیقات انجام شده دیدگاه معقول و اثبات‌پذیر از واقعیت را بیابد و بر مبنای آن رأی صحیح صادر و تسلیم نماید.^۱

مکانیزم کشف حقیقت در داوری تجاری بین‌المللی

رسیدن به حقیقت، چه در دادگاه و چه در داوری منوط به اتخاذ یک نظام دادرسی در روند رسیدگی است. در ذیل، نظام‌های اشاره شده مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. نظام‌های حاکم بر کشف حقیقت

به‌طور کلی، نظام‌های دادرسی برای کشف حقیقت اتهامی، تفتیشی یا روش مختلطی از این دو نظام است. وقتی درباره دلیل و تحصیل دلیل در داوری تجاری بین‌المللی بحث می‌شود، به‌روشنی میان نظام‌های حقوقی کامن‌لا و حقوق نوشته تفاوت وجود دارد. در ادامه هر یک از این نظام‌ها بررسی خواهد شد.

۱-۱. نظام اتهامی؛ ویژگی‌ها و محدودیت‌ها

نظام اتهامی که در واقع وابسته به نظام حقوقی کامن‌لاست، از وجوه متمایزکننده قابل توجهی در مقایسه با نظام تفتیشی برخوردار است. در نظام اتهامی، اراده طرفین دعوا بر جریان رسیدگی حکومت می‌کند. در نتیجه، داوری به‌جای آنکه جایگاه حل اختلاف باشد، بیشتر صحنه ستیز و کشمکش برای بلااثر کردن و از بین بردن ادعاهای طرف مقابل است.^۲ این نظام به مقام داور با تردید می‌نگرد و از این رو، طرفین را بر جریان جمع‌آوری دلیل مسلط می‌کند و به آن‌ها فرصت می‌دهد تا اسناد، شهود و کارشناسان مورد نظر خود را ارائه و ارزیابی نمایند.^۳ در این میان، داور صرفاً اظهارات و ادعاهای طرفین را استماع کرده، رقابت آن‌ها را به نظاره می‌نشیند و تنها اگر طرفین اختلاف قواعد شکلی را نقض نمایند یا از داور درخواست مساعدت کنند او تصمیم می‌گیرد مداخله کند. از منظر این نظام، صحیح‌ترین راه برای اثبات حقیقت آن است که به طرفین دعوا اجازه داده شود بهترین اقدامات مورد نظر خود را برای اثبات امور موضوعی اتخاذ نمایند. وقتی دو طرف به این طریق با یکدیگر رقابت می‌کنند دروغ‌ها افشاء و حقیقت پدیدار می‌شود. تنها در صورت برابری موضع طرفین اختلاف است که می‌توان امید داشت ارزیابی و سنجش دلیل به این

1. See: Park. 2010: 69-71.

2. See: Freiberg. 2010: 2.

3. Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrick v South India Shipping Corporation Ltd {1981} AC 909, HL, at page 999E.

روش حقیقت واقعی را روشن کند.^۱ اساساً رسیدگی در نظام اتهامی به دو مرحله‌ی «پیش از رسیدگی» (Pre-trial) و «در جریان رسیدگی» (In trial) تقسیم می‌شود. در مرحله‌ی نخست، وکلای طرفین به منظور اجتناب از بلا تکلیفی دعوای خود را سازمان‌دهی و به‌طور فعال ادله خود را جمع‌آوری، شهود خود را انتخاب و با آن‌ها درباره موضوع مورد گواهی گفتگو می‌کنند. با شروع رسیدگی نیز طرفین چهارچوب دعوا را تعیین و استدلال‌ات خود را بیان می‌نمایند. تا این زمان، داور حتی سرنخی در رابطه با اینکه دعوا پیرامون چیست در اختیار ندارد.^۲ در حقیقت، «نظر به نقش برتر اصحاب دعوا قاضی یا داور حق تحصیل دلیل ندارد. طرفین دعوا از حیث شروع، تعلیق و توقیف دعوا دارای اختیار و راهبرند. در این شیوه، قاضی یا داور مأمور فصل خصومت است نه کشف حقیقت» (مافی، ۱۳۹۵: ۲۴۱). داوران منتخب از کشورهای کامن‌لا (برای مثال آمریکا، انگلیس و کشورهای مشترک‌المنافع) اغلب نظام اتهامی را در جریان داوری می‌پذیرند و به هر یک از طرفین آزادی نسبی در ارائه امور موضوعی مورد نظرشان اعطا می‌کنند.^۳ در این شیوه، داور نقش محدودتری در تکمیل دلیل دارد و اصولاً در رسیدگی‌های مقدماتی یا تشخیصی وقایع دعوا درگیر نمی‌شود، بلکه تنها با دعوا به‌عنوان موضوعی که آماده آزمون است ارتباط برقرار می‌کند. به علت کنترل جریان داوری از سوی طرفین، داور نقشی در تعیین و سنجش ادله‌ای که طرفین به آن تمسک می‌کنند، ندارد؛ برای مثال ارزیابی شهود و پاسخ‌های آن‌ها در حیطه اختیار داور نیست و شهادت‌ها در صورت بر او تحمیل می‌شود.^۴ در واقع، داور نقش یک فرد بی‌طرف و منفعل را بازی می‌کند و اغلب با استناد به ادله ابرازی حکم می‌دهد.^۵ این انفعال با کشف حقیقت تناقض ذاتی دارد؛ چراکه برای تحقق هدف یادشده داور باید امکان مداخله و فعالیت داشته باشد؛ درحالی‌که داور در این نظام به اراده شخصی طرفین تکیه می‌کند. جریان رسیدگی تحت کنترل طرفین داوری است. در نتیجه، تسلط طرفین بر روند کشف حقیقت اثر خواهد گذاشت.^۶ ماده ۱۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز با تأسی از قانون نمونه آنسیترال برای اداره و هدایت جریان داوری به داوران اختیارات گسترده داده است. این اختیار اگرچه امکان انتخاب هر نوع نظام را فراهم می‌کند، اما ویژگی‌های منحصر به فرد داوری در مقایسه با دادرسی محاکم با انتخاب نظام ترافعی و به‌عبارت‌دیگر، انفعال داور مطابقت بیشتری دارد.^۷ دلایلی وجود دارد که صحت این نظر

1. See: Findley, 2011: 914.

2. See: Zaki, 2006: 22.

3. See: Born, 2009: 209.

4. See: Ainsworth, 2015: 2.

5. See: Parisi, 2002: 6.

6. See: Finkelstein, 2011: 136.

را تأیید می‌نماید. یکم آنکه، عرف داوران به جهت خوف از ظهور ذهنیت جانب‌داری در اندیشه طرفین به سمت انفعال تمایل دارد. دوم آنکه، اعتقاد به نقش فعال داور بدین معنا خواهد بود که جایگاه مرجع داوری از «داوری» به «دفاع» از طرفین تغییر یابد. درنهایت، با توجه به اینکه هر یک از طرفین اختیار کامل را برای حل موضوع اختلاف و سازمان‌دهی جریان داوری به شیوه مناسب دارد، دلیلی برای مداخله مرجع داوری متصور نیست.^۱

۱-۲. نظام تفتیشی؛ ویژگی‌ها و محدودیت‌ها

در مقابل دادرسی اتهامی، نظام تفتیشی قرار دارد که شیوه متعارف رسیدگی در کشورهای حقوق نوشته است و ویژگی‌ها و محدودیت‌های مربوط به خود را دارد. برخلاف نظام اتهامی که داور اختیار بررسی و ارزیابی ادله ارائه‌شده از سوی طرفین را ندارد و صرفاً با تکیه بر اظهارات آن‌ها تصمیم‌گیری می‌کند، در نظام تفتیشی داور حق اظهار نظر گسترده در ارزیابی ادله دعوا را دارد؛ اعم از اینکه ادله از سوی طرفین ارائه و یا به ابتکار او تحصیل شده باشد. با اتکا به این اختیار، داور می‌تواند در اثبات وقایع مشارکت و دلیل مرتبط را شناسایی کند. ویژگی تفتیشی جریان رسیدگی عموماً دلالت می‌کند که داور ملزم نیست در ارزیابی وقایع به قاعده پیشین پایبند باشد، بلکه الزام دارد بر مبنای اعتقاد وجدانی خود عمل کند. داور برای رسیدن به این اقتناع وجدانی می‌تواند همه اقدامات تحقیقی لازم را انجام دهد.^۲ در حقیقت، در این نظام داور اختیار دارد یک تحقیق بی‌طرفانه را با هدف بررسی و اثبات وقایع موضوع دعوا انجام دهد و نقش او در همه مراحل جریان حل اختلاف بسیار فعال‌تر از نظام اتهامی است. داور می‌تواند تصمیم بگیرد که به هر یک از دلایل چه اعتباری بدهد و اینکه دلیل مؤثر در کشف حقیقت دعوا کدام یک باشد.^۳ از این رو، نظام تفتیشی با اعطای نقش محوری به داور تأکید بیشتری بر کشف حقیقت دارد. زمانی که داور تابع ادله‌ای که طرفین به‌طور هدفمند برای پیروزی خود در جریان رسیدگی ارائه می‌کنند، نباشد و اختیار ذاتی برای مقایسه دلایل یادشده با دلیلی که خود کشف کرده است، داشته باشد این مقصود حاصل می‌شود.^۴ بر اساس یک قاعده کلی در نظام اتهامی وظیفه اثبات وقایع موضوعی بر عهده طرفین است. حال آنکه در نظام تفتیشی این مسئولیت به مرجع داوری تحمیل می‌شود. عملاً طرفین

1. Kurkela & Turunen, 2010: 149.

2. See: Parisi. 2002 :6.

۳. نک: محبی و جعفری ندوشن، ۱۳۹۴: ۱۴.

4. InterChem, Asia 2000 Pte. Ltd. Oceana Petrochems, A. G., 373 F Supp. 2d. 340, 352 (S. D. N. Y 2005) and Mallory Factor Inc. v. W. Coast Entm't Corp., N. 99, Civ. 4819, 1999 WL 1021076, (S. D. N. Y. Nov. 9, 1999).

5. See: Justice. 2017: 7-8.

گزارش‌های کارشناسی طولانی‌مدت را برای اثبات امور موضوعی ارائه می‌نمایند که این امر مستلزم صرف زمان زیادی است. از این رو، برای کارآمدی مرجع داوری لازم است که وظیفه یافتن هر دو امر به مرجع داوری تحمیل شود؛ هرچند در ترکیب چندملیتی از اعضای مرجع داوری اعمال این وظیفه می‌تواند دشوار باشد.^۱ در سال ۲۰۱۸ مقررهای با رویکرد نظام تفتیشی تحت عنوان «قواعد راجع به اداره کارآمد جریان رسیدگی در داوری بین‌المللی (قواعد پراگ)»^۲ تهیه شده است که همگام با اعطای وظیفه اثبات امور موضوعی و حکمی، یک نقش فعال در اداره جریان داوری را برای مرجع داوری پیش‌بینی می‌کند و به‌گونه‌ای به این نظام متمایل شده‌اند.

نظام تفتیشی برخلاف نظام اتهامی با توسعه نقش داور در جریان داوری تأکید بیشتری بر کشف حقیقت دارد؛ زیرا ویژگی یادشده راه رسیدن به حقیقت را آسان می‌کند، اما درعین حال معایبی بر آن وارد است. پنج محدودیت عمده برای نظام رسیدگی تفتیشی بیان شده است. یکم آنکه، گستردگی نقش داور در این نظام ذاتاً فرصت کمتری به خواهان برای طرح دعاوی خود و کنترل جریان‌های حقوقی رسیدگی می‌دهد؛ زیرا داور است که تصمیم می‌گیرد چه اطلاعات و ادله‌ای ارائه شود و چه تفسیری از آن‌ها به عمل آید. در نتیجه، اصل حاکمیت اراده که اساس داوری را تشکیل می‌دهد، نادیده گرفته می‌شود و طرفین اصولاً نمی‌توانند مسائل و دلایل مورد نظر خود را بیان نمایند. دوم آنکه، این نظام به سبب اولویت دادن به دلیل مکتوب در مقایسه با دلیل شفاهی، در عمل به‌ندرت به طرفین و شهود فرصت ابراز عقیده می‌دهد؛ لذا از منظر طرفین داوری، این نوع جریان رسیدگی کمتر بی‌طرفانه و منصفانه خواهد بود.^۳ سوم آنکه، اعطای نقش وسیع به داور می‌تواند به رفتار جانب‌دارانه و چه‌بسا نقض حریم خصوصی اشخاص منتهی شود؛ زیرا وقتی وظیفه تحقیق با وظیفه تصمیم‌گیری داور با یکدیگر خلط و ادغام شود، امکان سوءاستفاده از اختیار و قدرت قابل تحقق است.^۴ چهارم آنکه، اقدامات گسترده داور در جمع‌آوری دلیل می‌تواند سبب تحمیل هزینه زیادی بر طرفین داوری شود؛ امری که خوشایند طرفین داوری تجاری بین‌المللی نخواهد بود و خود می‌تواند موجب نقض عدالت طبیعی از جهت بی‌طرفی داور شود.^۵ در نهایت، در نظام تفتیشی داور باید یک نقش دوگانه را بازی کند. از یک سو، در جستجوی دلیل

1. Declaration on Development of Prague Rules- Inquisitorial Rules of Taking Evidence in International Arbitration, Draft 25/08/2016, pp. 2-3.

2. The Inquisitorial Rules of Taking Evidence in International Arbitration (Prague Rules), available at: www.praguerules.com.

3. See: Ainsworth, 2015: 7.

4. See: Kidane, 2012: 67; Acharya, 2003: 64.

5. See: Davidson & Choi, 2015: 11.

و متعاقب آن کشف حقیقت باشد و از سوی دیگر، باید به عنوان یک مقام رسیدگی کننده بی طرفانه رأی صادر کند. این دو وظیفه در مسیر مخالف یکدیگر گام برمی دارند و از این رو امکان جمع آن دو با یکدیگر میسر نیست.^۱

۱-۳. نظام مختلط

هر یک از نظام های اتهامی و تفتیشی در عین دارا بودن محاسن معایی نیز به همراه داشته است. از این رو، در جهت رفع محدودیت و کارآمدی نظام های یاد شده، اندیشه جهانی به سوی یکسان سازی نظام حاکم بر دادرسی متمایل شده و در نتیجه، نظام موسوم به «مختلط» یا «دوگانه» که آمیزه ای از ویژگی های هر دو نظام است، ایجاد شده است.^۲ این نظام با وجود تفاوت های نظری که میان دو نظام تفتیشی و اتهامی وجود دارد آن ها را با یکدیگر به کار می بندد. در یک نظام مختلط داور می تواند درخواست های طرفین را افزون بر اطلاعاتی که خود جمع آوری می کند مدنظر قرار دهد و یک تصمیم متعادل که برآمده از ویژگی هر دو نظام است، بگیرد.^۳ بسیاری از نظام های حقوقی تمایل دارند از این روش رسیدگی استفاده کنند؛ چراکه آن ها به دنبال ترکیب اختیارات تحقیقی در نظام تفتیشی با آزادی مباحثه طرفین در نظام اتهامی هستند. این نظام با هدف افزایش کیفیت جریان رسیدگی و در عین حال حفظ بی طرفی داور ایجاد شده است.^۴ برخی از نویسندگان معتقدند طرفین و مرجع داور می توانند در خصوص اینکه جریان داور به طریق نظام اتهامی، تفتیشی و یا به یک شیوه مختلط اداره شود با یکدیگر توافق نمایند. در فرض عدم تصریح طرفین نیز اغلب ترکیبی از نظام اتهامی یا تفتیشی بهترین گزینه خواهد بود.^۵

از جمله قواعد تداعی کننده نظام مختلط، قواعد داور آنتیترال،^۶ قواعد کانون وکلای بین المللی راجع به تحصیل دلیل در داور بین المللی^۷ و قواعد مرکز منطقه ای بازرگانی تجاری بین المللی قاهره^۸ است.^۹ لازم است گفته شود که نظام مختلط همیشه بهترین گزینه نیست؛ چراکه اگر در تدوین قواعد، ترکیب مناسب از مشخصه های دو نظام به کار گرفته نشود، سبب تضعیف

1. See: Justice, 2017 :7.

2. See: Quadri, 2015: 34-35.

3. See: Froeb, 2011: 5.

4. See: Ringnalda, 2010:121.

5. See: Lew & Mistelis & Michael Kröll. 2003 :533; Kasolowsky & Trittman, 2008: 331,334.

6. Uncitral Arbitration Rules, (revised 2010).

7. International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

8. The Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration.

9. See: Economou, 2018: 1.

هر یک از نظام‌ها می‌گردد.^۱ از این رو، برخی از نویسندگان معتقدند هیچ معیار یا رویه معمول در داوری تجاری بین‌المللی مبنی بر انتخاب نظام اتهامی، تفتیشی یا مختلط نباید وجود داشته باشد. هر دعوی‌نیازهای منحصر به فرد دارد که آیین رسیدگی مربوط به خود، خواه نظام اتهامی، تفتیشی یا مختلط را می‌طلبد و این انعطاف‌پذیری سبب افزایش کارآمدی داوری می‌گردد.^۲

اختیار مرجع داوری در کشف حقیقت

مرجع داوری نیز همانند قاضی به لحاظ تکلیف به رسیدگی منصفانه باید اختیاراتی برای اداره جریان داوری و کشف حقیقت داشته باشد، ولی به لحاظ خصوصی بودن ماهیت داوری، سخن از اختیارات داور توجه ویژه‌ای می‌طلبد. به عنوان یک اصل اولیه باید گفت که طرفین داوری می‌توانند در خصوص موضوعات پیرامون جریان رسیدگی، از جمله اختیارات داور برای کشف حقیقت تراضی نمایند. در بند یکم ماده ۱۹ قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۶) به این اصل اشاره شده است. تراضی طرفین شالوده‌ای را برای اختیار داوران در جهت تصدی و اداره جریان داوری فراهم می‌کند و سلب یک اختیار از داور نیز می‌تواند سبب تضییق دامنه‌ی اختیارات وی برای کشف حقیقت شود.^۳ طبق بند دوم ماده ۱۹ قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۶) در صورت فقدان چنین توافقی که اغلب نیز چنین است، مرجع داوری می‌تواند جریان داوری را به شیوه‌ای که مناسب می‌داند، اداره کند. پرسش این است که در فرض سکوت طرفین و واگذاری اداره جریان داوری به صلاح‌دید داور، وی چه اختیاراتی برای هدایت و به سرانجام رساندن آن دارد؟ انجمن حقوق بین‌الملل^۴ در سال ۲۰۱۴ گزارشی را تنظیم کرده است که اختیارات غیرقابل شمارش داوران را در سه دسته اختیارات ضمنی،^۵ صلاح‌دید^۶ و ذاتی^۷ تقسیم کرده و به بیان هر یک پرداخته است.^۸ اختیار ذاتی که از زمره مهم‌ترین اختیارات داور است، توانایی دیگری در کنار اختیارات

1. See: Kubalcyk, 2015:106.

2. See: Born, 2009: 209; Townsend & Elsing, 2002: 1-7.

3. See: Zekos, 2008: 35; Moses, 2008: 2.

4. International Law Association.

5. Implied Powers.

6. اختیارات ضمنی اختیاراتی هستند که از منطوق قیود موافقت‌نامه یا قانون حاکم بر داوری استنباط می‌شود.
(See: Moses, 2014: 5-6).

7. Discretionary Powers.

8. اختیارات صلاح‌دید اختیارات احصا نشده‌ای است که به داوران اجازه می‌دهد در صورت نبود محدودیت یا تراضی دیگر از سوی طرفین، اقدامات شکلی لازم را به صلاح‌دید خود اتخاذ نمایند (International Law Association, 2014: 14-17).

9. Inherent Powers.

10. International Law Association, Washington Conference, International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Washington D.C. April, (2014). 15.

ناشی از موافقت‌نامه و قانون حاکم بر داوری است. این اختیارات اساساً برای ایفای صحیح وظیفه داوری داور و تعهد به تأمین درستی و صحت جریان داوری و حل و فصل منصفانه اختلاف است. با وجود گرایش روزافزون بر افزایش اختیارات داوران تحت عنوان «اختیارات ذاتی»، در وجود اختیار کلی داوران پیرامون اتخاذ ابتکارات برای تحصیل دلیل موضوعی تردید شده است. دلایلی نیز بر تأیید این تردید وجود دارد. یکم آنکه، اصل حاکمیت اراده، ضرورت کارآمدی، لزوم مدیریت هزینه و زمان در جریان داوری، ظهور اندیشه جانب‌داری و کاهش پیش‌بینی‌پذیری در داوری مؤید احتیاط در اتخاذ ابتکارات داوران است.^۱ دوم آنکه، امور موضوعی نیازمند اثبات هستند و طرفین داوری به لحاظ اینکه در جریان موقوف هستند در موقعیت مناسب‌تری برای اثبات امور یادشده قرار دارند.^۲ سوم آنکه، برخلاف نقش عمومی دادگاه، در داوری به‌عنوان نهاد خصوصی، داوران جریان رسیدگی را برای نیل به یک نتیجه قابل اجرا بر طرفین آن اداره می‌نمایند. تنها منفعت عمومی در این نوع رسیدگی لزوم حل اختلاف به یک شیوه منصفانه و کارآمد است و داوران وظیفه دیگری به نام کشف حقیقت ندارند. چهارم آنکه، طرفین داوری تجاری بین‌المللی به نهاد یادشده به‌عنوان راهکار حل اختلاف سریع مراجعه می‌کنند و اعتقاد به گستردگی اختیارات داور با این قصد منافات دارد.^۳ در واقع، انتقاد اصلی به نقش فعال مرجع داوری آن است که از دیدگاه طرفین چنین داوری از فرد مقابل جانب‌داری می‌کند.^۴ قواعد کانون وکلای بین‌المللی راجع به تحصیل دلیل در داوری بین‌المللی (۲۰۱۰) که در راستای ایجاد رویه واحد به ادله در داوری بین‌المللی در حقوق کامن‌لا و حقوق نوشته تصویب توجه گسترده‌ای به اختیارات مربوط به تحصیل ادله از سوی مرجع داوری دارد.^۵ از مهم‌ترین اختیارات داوران طبق این قواعد و دیگر اسناد بین‌المللی برای کشف حقیقت، الزام به ارائه مدرک^۶ و بازرسی^۷ است. البته در بیشتر اسناد بین‌المللی همانند قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۶) و ماده (۱) ۴ قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۷) به اختیار الزام به ارائه مدرک تصریح نشده است. به‌جای آن، موضوع به مرجع داوری واگذار می‌شود که صلاح‌دید گسترده‌ای را برای صدور دستور درباره هر آنچه مناسب می‌بیند، دارد. درخواست الزام به ارائه مدرک راهی را برای هر یک از طرفین فراهم می‌سازد تا به اسنادی

1. See: Landolt, 2012: 173, 201-222.

2. See: Isele, 2010:24.

3. See: Davidson & Choi, 2015: 2-8.

4. See: Kurkela & Turunen, 2010: 150.

5. See: Omeroglu, 2015:1-2.

6. Document Production.

7. Inspection.

که عقیده دارد در نزد طرف مقابل موجود و برای او مفید است، دسترسی پیدا کند. طبق ماده ۳ قواعد کانون وکلای بین‌المللی راجع به تحصیل دلیل در داوری بین‌المللی (۲۰۱۰) یکی از طرفین داوری می‌تواند این درخواست را به مرجع داوری و به طرف دیگر ارائه نماید. طرف دیگر نیز برای اجرای درخواست مطرح شده یا اعتراض به آن فرصت دارد. هم‌چنین اگر یک طرف از ارائه اسناد مورد درخواست مرجع داوری امتناع کند، مرجع داوری اختیار دارد با صدور دستور شکلی او را به ارائه اسناد ملزم نماید.^۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز به اختیار داور مبنی بر الزام به ارائه مدرک تصریح نکرده است، اما اختیار یادشده از بند ۲ ماده ۱۹ قانون اشاره شده قابل استنباط است؛ چراکه به مرجع داوری اجازه داده شده است در صورت نبود توافق بین طرفین داوری «داوری را به نحو مقتضی اداره و تصدی نماید». اطلاق این ماده که مأخوذ از ماده ۱۹ قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۶) است، به مرجع داوری اجازه می‌دهد در مواقع لزوم دستور به ارائه دلیل بدهد؛^۲ کما اینکه نویسندگان در داوری تجاری بین‌المللی نیز اختیار کشف مدرک را از ماده ۱۹ قانون اخیر استفاده می‌کنند.^۳

قواعد پراگ (۲۰۱۸)، به‌عنوان آخرین سند بین‌المللی در حوزه داوری تجاری بین‌المللی که در سال ۲۰۱۸ تهیه شده نقش گسترده‌ای به داور در کشف حقیقت داده کرده است. این قواعد اثبات امور موضوعی و حکمی را بر عهده مراجع داوری قرار داده است و اختیارات گسترده‌ای را برای آنان به رسمیت می‌شناسد. در بند ۴ ماده ۲ مقرر شده است مرجع داوری می‌تواند در زمان برگزاری مذاکرات طرفین و یا در هر مقطعی از داوری اقداماتی را که مناسب می‌داند به طرفین خاطر نشان کند. این تدابیر عبارت‌اند از: وقایعی که بین طرفین به نظر می‌رسد حل و فصل نشده یا مورد اختلاف است، نوع ادله‌ای که مرجع داوری در رابطه با وقایع مورد ترافع برای اثبات مناسب می‌بیند، استنباط خود از مبنای قانونی مورد استناد طرفین، اقداماتی که مرجع داوری و طرفین برای معین کردن مبانی حقوقی و موضوعی دعوا و اختلاف اتخاذ خواهند کرد.

از سوی دیگر، طبق بند ۵ ماده ۲ و بند ۱ ماده ۳ قواعد یادشده، در کنار تکلیف طرفین به اثبات وقایع موردنظرشان، به مرجع داوری نقش فعال در اثبات امور موضوعی مرتبط با دعوا را بخشیده است. هم‌چنین در بند ۲ ماده ۳ قواعد یادشده نیز آمده است که مرجع داوری، به‌ویژه پس از استماع اظهارات طرفین به ابتکار خود و در هر زمان از جریان داوری می‌تواند از هر یک از طرفین بخواهد اسناد مکتوب را ارائه کند، گواهان را برای استماع شهادت در جلسه رسیدگی در دسترس

1. See: Kankkunen, 2014: 55.

۲. نک: امیر معزی، ۱۳۹۰: ۳۲۸-۳۲۹.

3. See: Born, 2009:234.

داشته باشد، از نظریه کارشناس استفاده کند یا دستور بازبینی محل اختلاف را صادر و یا هرگونه اقدامی را که برای کشف حقیقت ضروری می‌داند به کار بندد.

بند ۴ ماده ۲ و بند ۲ ماده ۳ قواعد یادشده علی‌الظاهر مشابه به نظر می‌رسند، اما در واقع از هم متفاوت هستند. بند ۴ ماده ۲ در مقام بیان نقش محوری داور در جریان رسیدگی و در بررسی ادله و مستندات مربوط به دعواست و در اینجا به اختیارات مدیریتی مرجع داور در جریان رسیدگی می‌پردازد، اما بند ۲ ماده ۳ اختیاراتی را پیش‌بینی می‌کند که مرجع داور پس از ختم مذاکرات طرفین در راستای ارزیابی ادله و برای کشف حقیقت می‌تواند اعمال کند. بنابراین، بندهای یادشده اختیارات جداگانه‌ای را برای داوران در مراحل مختلف مقرر کرده‌اند.

البته داوران به رعایت قواعد محدودکننده، از جمله قوانین آمره مقر داور می‌مکلف‌اند.^۱ قانون مقر داور می‌تواند بر شیوهی اداره جریان کشف دلیل اثر بگذارد و تعیین کند که دادگاه در جریان کشف دلیل پیش از صدور رأی از سوی مرجع داور مداخله کند یا خیر. از این رو، انتخاب مقر داور نامناسب سبب تحمیل قواعد آمره ناخواسته و به دنبال آن تحدید حدود اختیارات داوران خواهد شد. در قوانین مدرن سعی می‌شود موانع مقر داور محدود به موارد ضروری شود.^۲ قانون منتخب طرفین برای حکومت بر جریان داور نیز از گزینه‌های بسیار مؤثر بر حدود اختیارات داوران در جریان رسیدگی است. این امر خود توجه ویژه طرفین داور تجاری بین‌المللی به انتخاب قانون شکلی مناسب را می‌طلبد.^۳

بحث قابل طرح در این بخش بررسی قاعده منع تحصیل دلیل است. در ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده است: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه افزون بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد». ماده یادشده به نحوی نگارش شده است که گویا تحصیل دلیل را اجازه می‌دهد، اما باید گفت اقدامات تحقیقی دادگاه خروج موضوعی از تحصیل دلیل دارد و در راستای کشف حقیقت صورت می‌گیرد و با نظام تفتیشی قرابت بیشتری دارد. این قاعده اگرچه به‌صراحت در قوانین نیامده است، اما^۴ اصول دادرسی همانند تناظر، بی‌طرفی دادرسی، حاکمیت طرفین دعوا در امور مدنی و قاعده عدم خروج دادگاه از ادله طرفین همچنان جایگاه خود را در حقوق ایران حفظ کرده است. در نتیجه، دادرسی موظف به اجرای توأمان آن با اقدامات تحقیقی

۱. نک: مافی، ۱۳۹۵: ۲۴۳.

2. See: Lew & Mistelis & Michael Kröll, 2003: 525.

3. See: Wigwe, 2012: 244.

۴. نک: شمس، ۱۳۸۹: ۱۱۲/۳.

به نحو متعادل است.^۱ ماده ۶۱ پیش‌نویس قانون جامع داوری ایران نیز به این امر اشعار دارد: «داور نمی‌تواند تحصیل دلیل نماید، لیکن می‌تواند در راستای ادله مورد استناد هر یک از طرفین تحقیقاتی انجام دهد که به کشف حقیقت کمک کند».

قاعده منع تحصیل دلیل در قواعد پراگ (۲۰۱۸) نیز تصریح نشده است، اما در ماده ۳ با عنوان «کشف حقیقت» اختیارات ویژه‌ای را برای داور در طول جریان دادرسی پیش‌بینی کرده است. در بند ۱ ماده ۳ مقرر کرده است: «مرجع داوری اختیار دارد و نیز تشویق می‌شود که نقش بسیار فعال در جریان اثبات مسائل موضوعی دعوا را که مرتبط با حل اختلاف است، داشته باشد، اما این امر بار اثبات دعوا از طرفین را ساقط نخواهد کرد». از ماده یادشده برمی‌آید که نویسندگان قواعد به این امر توجه داشته‌اند که اعطای نقش فعال به داور به معنای فعال‌مایشاء شدن وی تلقی نشود. از این روست که برای تکمیل رویکرد خود در ادامه، مقرره‌ای مشابه ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی در قسمت (د) از بند ۲ ماده ۳ درج کرده‌اند. در این بند آمده است: «داور می‌تواند به منظور کشف حقیقت هرگونه اقدامی را که مقتضی می‌داند انجام دهد». تصریح نشدن قاعده منع تحصیل دلیل در این قواعد نیز به معنای تجویز تحصیل دلیل نیست. قواعد پراگ (۲۰۱۸) صرفاً در مقام توسعه‌ی اختیارات داوران بوده و با اشاره به لزوم رعایت استقلال و بی‌طرفی از سوی داوران در ذیل قسمت (ی) از بند ۴ ماده ۲ همانند دیگر قواعد سابق بر خود بر قاعده یادشده پایبند است. بنابراین، این قاعده در داوری نیز لازم‌الاجراست و مرجع داوری نمی‌تواند در مقام تحصیل دلیل برای طرفین برآید. مضاف بر اینکه، اصول رسیدگی منصفانه از جمله بی‌طرفی مرجع داوری در این مورد نیز لازم‌الرعایه است. پرسش قابل طرح اینکه، آیا داور وظیفه دارد در جریان داوری به دنبال دلیلی برود که برای اثبات وقایع دعوا ضرورت دارد؟ آیا این امر مصداق تحصیل دلیل نخواهد بود؟ باید گفت که نقش مرجع داوری در جمع‌آوری دلیل ضروری و حدود آن تا اندازه‌ای مبهم است. از یک سو، داوران ملزم هستند بی‌طرفی خود را در طول جریان داوری حفظ نمایند. این امر یک جنبه مهم تشریفات قانونی^۲ اداره جریان داوری تلقی می‌شود، به‌ویژه وقتی داور یک نقش فعال در جمع‌آوری دلیل دارد یا برای تشویق طرفین برای حل اختلاف می‌کوشد.^۳ از سوی دیگر، داور در ایفای نقش خود به‌عنوان مقام «رسیدگی‌کننده» تعهداتی دارد که از جمله آن تعهد به تأمین درستی جریان داوری و حل اختلاف به‌طور منصفانه است. او همانند دادگاه باید کارایی جریان رسیدگی را تضمین کند.^۴ برای انتخاب یک راه‌حل متعادل باید

۱. نک: پوراستاد، ۱۳۹۱: ۶۴-۷۰؛ محسنی، ۱۳۸۹: ۱۹۰-۱۹۱.

2. Due Process.

3. See: Kurkela & Turunen, 2010: 144.

4. See: Moses, 2008: 8.

گفت که داوران باید از بهترین تلاش‌هایشان استفاده نمایند تا به‌طور فعال جریان داوری را مدیریت کنند. همچنین، مداخلاتی همانند تشخیص اهمیت و ارزش ادله و تقسیم بار اثبات بر اساس موضوع‌های مورد بحث در زمره تدابیر اداره جریان داوری است و اگر به‌درستی انجام شود، بی‌طرفی داوران را به خطر نمی‌اندازد. در واقع، انعطاف‌پذیری گسترده ویژگی ارزشمند داوری تجاری بین‌المللی است که به هیئت داوری فرصت همگام‌سازی جریان داوری با شیوه مناسب رسیدگی را اعطا می‌نماید.^۱ البته مرز میان کشف حقیقت و تحصیل دلیل نباید با یکدیگر خلط شود. به‌عبارت‌دیگر، همان‌طور که قاضی می‌تواند اقدامات تحقیقی برای کشف حقیقت دعوا را اتخاذ کند، داور نیز به لحاظ یگانگی تکلیف خود با قاضی (رسیدگی و صدور رأی) می‌تواند چنین نقشی را ایفا کند؛ اگرچه ممکن است در عمل به‌ندرت داوران دست به چنین ابتکارانی بزنند؛ زیرا به این می‌اندیشند که اجرای رأی به دلیل تلقی خروج از حدود اختیار با مشکل مواجه نگردد. ممکن است گفته شود که در دادگاه قاضی می‌تواند هرگونه اقدامات تحقیقی ضروری برای کشف حقیقت را انجام بدهد؛ چراکه منافع اشخاصی غیر از طرفین در دادرسی دخالت دارد؛ درحالی‌که در داوری تنها صحبت از منافع طرفین داوری است و در نتیجه، ضرورتی به اتخاذ اقدام خارج از اراده طرفین به هدف کشف حقیقت نیست.^۲ این استدلال نمی‌تواند قابل پذیرش باشد؛ چراکه داور، همان‌طور که آمد، تکلیف به رسیدگی و صدور یک رأی قابل اجرا را دارد و از سوی دیگر، اختیارات گسترده‌ای به او برای اداره جریان داوری داده شده است. در نتیجه، این مرجع هم اختیار و هم تکلیف به انجام اقدامات تحقیقی برای کشف حقیقت را دارد.

مساعدت قضایی در تحصیل دلیل

بر اساس ماده ۲۷ قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۶)، داور می‌تواند از دادگاه برای تحصیل دلیل درخواست مساعدت نماید. ماده یادشده مساعدت دادگاه را با تأیید مرجع داوری اجازه می‌دهد. این تأیید می‌تواند صریح یا ضمنی (قابل استنباط از شرایط دعوا) باشد. یک مسئله مهم عملی این است که آیا دادگاه باید ارتباط یا مفید بودن درخواست تحصیل دلیل را بازبینی نماید؟ دو دلیل مؤید منع دادگاه از بازبینی است. یکم آنکه، درخواست به تأیید مرجع داوری رسیده است و نقش دادگاه صرفاً اجرای دستور مرجع داوری با قوه قهریه است.^۳ دوم آنکه، طرفین با ارجاع اختلاف خود به داور صلاحیت دادگاه را استثنا کرده‌اند. در نتیجه، اصل بر محدودیت مداخله این نهاد در

1. See: Kurkela & Turunen, 2010 :144,150.

2. See: Landoltt, 2012 :206-207.

3. See: United Nations, 2012: 120.

داوری است و مورد استثنا باید تفسیر مضیق شود.^۱ حسن تأیید مرجع داوری این خواهد بود که داوران کنترل خود را بر امور شکلی جریان رسیدگی حفظ می‌نمایند. باوجوداین، مساعدت پیش‌بینی‌شده صرفاً برای مرجع داوری که در حوزه مقرر دادگاه تشکیل شده در دسترس است و اجازه درخواست مساعدت از دادگاه دیگر پیش‌بینی نشده است. حدود مساعدت دادگاه ملی نیز متأثر از قانون مقرر داوری است. این حدود بر وسعت اختیار کشف دلیل تأثیر بسزایی خواهد داشت.^۲ پرسش اینکه، اساساً چه نیازی به مساعدت دادگاه در جریان داوری است؟ سه دلیل اصلی وجود مساعدت دادگاه را توجیه می‌کند. یکم آنکه، برخلاف دادگاه‌های ملی که مرجع ثابت حل اختلاف هستند، مرجع داوری برای حل دعوی خاص فی‌مابین طرفین باید تشکیل شود. تا زمان تحقق این امر نیز ممکن است حفظ ادله یا امر احتیاطی دیگری ضرورت داشته باشد. در اینجا به لحاظ عدم تشکیل مرجع داوری طرف قرارداد داوری لامحاله باید از مساعدت قضایی دادگاه مقرر داوری استفاده کند.^۳ دوم آنکه، داوران فاقد قوه حاکمیتی هستند و در نتیجه، امکان الزام اشخاص به اجرای دستورات خود را ندارند. این توانایی حق انحصاری دولت است و حتی طرفین داوری نمی‌توانند با تراضی به مرجع داوری این اختیار را اعطا نمایند.^۴ سومین دلیل آن است که داوران صلاحیتی بر اشخاص ثالث ندارند؛ زیرا صلاحیت داور بر مبنای قرارداد است و قرارداد یادشده نیز صرفاً درباره متعاقدين آن لازم‌الاجراست. بنابراین، مرجع داوری فاقد اختیار دستور به شخص ثالث برای ارائه سند است. پس یکی از طرفین داوری باید از مساعدت دادگاه‌های ملی برای تحصیل سند از شخص ثالث استفاده نماید.^۵ در واقع، بر اساس اصول نسبی بودن قراردادهای و عدم ولایت اشخاص بر یکدیگر، قرارداد خصوصی طرفین داوری نمی‌تواند علیه اشخاص ثالث الزام‌آور باشد.

از ماده (۹) ۳ قواعد کانون وکلای بین‌المللی راجع به تحصیل دلیل در داوری بین‌المللی (۲۰۱۰) نیز امکان استفاده از مساعدت دادگاه در امر تحصیل دلیل قابل استنباط است؛ چراکه اجازه داده است داور در راستای ارائه دلیل اقدامات قانونی لازم را اتخاذ نماید. به نظر می‌رسد مراد

1. See: Kurkela & Turunen, 2010: 501.

2. See: Salomon, 2013:549.

3. See: Schaefer, 2016: 522-525.

۴. در چند سال اخیر در قواعد سازمان‌های داوری بین‌المللی با پیش‌بینی «داوری فوری یا اضطراری» سعی شده است این نقص را جبران نمایند (برای مثال نک: ماده ۲۹ قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۷) و ماده ۱ قواعد داوری فوری اتاق بازرگانی استکهلم (۲۰۱۷)).

5. See: Wigwe, 2012: 244-245.

6. See: Dupeyron, 2016: 9.

از «اقدامات قانونی در دسترس»^۱ درخواست مساعدت از دادگاه مقرر داورى باشد.^۲ مقررده یادشده در قانون داورى تجارى بين المللى ايران پيش بينى نشده است. اين عدم تصريح دال بر نبود تمايل به مداخله دادگاه و حتى تحصيل دليل به وسيله داور است. با وجود اين، ماده ۶۴ پيش نويس قانون جامع داورى با تصريح در جبران نقص یادشده پيش بينى کرده است که در صورت خوددارى هريك از طرفين يا اشخاص ثالث در اجراى دستور به درخواست طرف ديگر، از دادگاه صالح درخواست کند که درباره جمع آوري دليل دستور مساعد صادر کند.

قواعد پراگ (۲۰۱۸)، درباره امکان مساعدت قضايى سکوت کرده است و ضمانت اجراى تخلف داورى از اجراى رأى داورى صرفاً از رفتار تخطى کننده «استنباط منفى»^۳ مى شود و نيازى به استمداد از دادگاه براى اجراى دستور داور نيست.

نتيجه گيرى

مرجع داورى نيز همانند دادرس بايد در جستجوى حقيقت اختلاف باشد و يك رأى منصفانه و عادلانه صادر نمايد. با وجود اين، عدالت در داورى نوع خاصى از عدالت و متفاوت از عدالت در دادگاه است. در واقع، اين عدالت به منافع تجارى طرفين نزديک تر است و از اعمال محض قانون دور مى شود. از سويى، به کارگيرى نظام اتهامى در داورى تجارى بين المللى اگرچه با اصل حاکميت اراده، سرعت و صرفه جويى اقتصادى همخوانى بيشتري دارد، اما با کشف حقيقت بيگانه است. از سوي ديگر، استفاده از نظام تفتيشى اصل حاکميت اراده و مزايای داورى را نادیده مى گيرد و جايگاه داورى تجارى بين المللى را تنزل مى دهد. بسيارى از اسناد بين المللى، از جمله قواعد کانون وکلای بين المللى راجع به تحصيل دليل در داورى بين المللى (۲۰۱۰)، قواعد داورى آنسيترال (۲۰۱۰) و قواعد مرکز منطقه اى بازرگانى تجارى بين المللى قاهره مؤيد پذيرش نظام مختلط است. از سوي ديگر، قواعد راجع به اداره کارآمد جريان رسيدگى در داورى بين المللى (قواعد پراگ) (۲۰۱۸) به عنوان آخرين سند بين المللى نيز در عين حال که اختيار مرجع داورى در اتخاذ هرگونه اقدام براى کشف حقيقت را به رسميت شناخته است، اما بار اثبات دليل را به طرفين واگذار کرده و مرجع داورى را از الزام به ارائه مدرک به نحو گسترده منع کرده است. قواعد سند اخير بر نقش انحصارى داور دلالت نمى کند، بلکه صرفاً نقش مرجع داورى را در اثبات امور موضوعى گسترش داده است. به عبارت ديگر، قواعد یادشده مؤيد نفى نظام اتهامى است، اما بر

1. Legally Available.

2. See: Gilbert, 2011 :18.

3. Adverse Inference.

اجرای کامل ویژگی‌های نظام تفتیشی در داوری تجاری بین‌المللی دلالت نمی‌نماید. با این وصف، سند یادشده نظام مختلط را تقویت می‌کند. انتخاب یک روش رسیدگی در همه داوری‌های بین‌المللی همیشه نمی‌تواند مناسب باشد. از یک سو انعطاف‌پذیری، محرمانگی و سرعت در زمره مزایای کلیدی مرجع داوری است و از سوی دیگر، هر جریان داوری طرفین و موضوع مختص خود را دارد. از این رو، می‌توان نتیجه گرفت که مرجع داوری در فرض سکوت طرفین مختار است بر مبنای نیازهای خاص هر دعوا نظام مناسب، اعم از اتهامی، تفتیشی و یا مختلط را برای کشف حقیقت برگزیند. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز همگام با قانون نمونه آنستیرال در صورت سکوت طرفین اختیار انتخاب نظام حاکم را به داور وانهاده است. قید عبارت «به نحوی که مقتضی می‌داند» در بند دوم ماده ۱۹ قانون نمونه آنستیرال و نیز قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مؤید آن است که امعان نظر در مقتضیات و شرایط دعوا باید راهنمای مرجع داوری در امور شکلی، از جمله انتخاب نظام منتخب رسیدگی که پیامد آن در تسهیل کشف حقیقت اختلاف بروز می‌نماید، باشد.



کتاب‌نامه

الف. کتب و مقالات

الف-۱. فارسی

- امیر معزی، احمد (۱۳۹۰)، داوری بین‌المللی در داوری بازرگانی، چاپ سوم، تهران: دادگستر.
- پوراستاد، مجید (۱۳۹۱)، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ دوم، تهران: شهر دانش.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۹)، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد سوم، چاپ شانزدهم، تهران: دراک.
- مافی، همایون (۱۳۹۵)، شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- محسنی، حسن (۱۳۸۹)، اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری و در چهارچوب اصول دادرسی، چاپ یکم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، حسن (۱۳۸۷)، «عدالت آیینی: پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۱، صص ۲۸۵-۳۱۹.
- محبی، محسن و جعفری ندوشن، شهاب (۱۳۹۴)، «نظام‌های تفتیشی و اتهامی در داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۲، صص ۹-۳۴.
- #### الف-۲. لاتین

- Acharya, Madhav Prasad (2003). "The Adversarial v. Inquisitorial Models of Justice" *Kathmandu School of Law Research Series Journal*, pp. 63-70, available at: <http://www.asianlii.org/np/journals/KathSLRS/2003/4.pdf>.
- Ainsworth, Janet (2015). "Legal Discourse and Legal Narratives: Adversarial Versus Inquisitorial Models", *Seattle University, Legal Discourse and Legal Narratives Language and Law / Linguagem e Direito*, Vol. 2, Is. 1, pp. 1-11, available at: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/13568.pdf>.
- Born, Gary B. (2009). *International Arbitration: Law and Practice*, Netherlands: Kluwer Law International.
- Dupeyron, Carine (2016). "Shall Courts Assistance Arbitral Tribunals in Gathering Evidence?", *ICCA Congress Series*, No. 19, pp. 1-30, available at: https://www.arbitration-icca.org/media/7/27182909247527/dupeyron_carine_shall_national_courts_assist_arbitral_tribunals_in_gathering_evidence.pdf.
- Findley, Keith A. (2011). "Adversarial Inquisitions: Rethinking the Search for the Truth", *New York Law School Law Review*, Vol. 56, No. 911, pp. 911-

- 941, available at: <https://ssrn.com/abstract=1904588>.
- Finkelstein, Ray (2011). "The Adversarial System and the Search for Truth", *Monash University Law Review*, Vol. 37, No 1, pp. 135-144, available at: <https://www.austlii.edu.au/au/journals/MonashULawRw/2011/8.html>.
- Freiberg, Arie (2010). "Post-Adversarial and Post-Inquisitorial Justice: Transcending Traditional Penological Paradigm", *Legal Studies Research Paper*, No. 2010/17, pp. 2-26, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1609468.
- Froeb, Luke M. and Kobayashi, Bruce H. (2011). "Adversarial Versus Inquisitorial Justice", in *Procedural Law and Economic*, United Kingdom: Edward Elgar Publishing available at: <http://ndl.ethernet.edu.net>.
- Gilbert, James (2011). "Judicially Assisted Third Party Discovery in Aid of Foreign International Commercial Arbitrations under the Evidence Act 2006", *LLB (HONS) Research Paper*, Vol. 525, pp. 1-61, available at: <https://ssrn.com/abstract=1866009>.
- Isele, Teresa (2010). "The Principle Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration", *International Arbitration Law Review*, Vol. 13, Is.1, pp. 14-26.
- Kankkunen, Juho (2014). *Document Production under the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, University of Helsinki, Faculty of Law, Master's Thesis, available at: <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/136412/Document%20Production%20under%20the%20IBA%20Rules%20on%20the%20Taking%20of%20Evidence%20in%20International%20Arbitration.pdf?sequence=1>.
- Kasolowsky, Boris and Trittmann, Rolf (2008). "Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions: the Development of a European Hybrid Standard of Arbitration Proceedings", *UNSW Law Journal*, Vol. 31, No. 1, pp. 330-340, available at: <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2017/09/31-1-3.pdf>.
- Kidane, Won (2012). "The Inquisitorial Advantage in Removal Proceedings", *Akron Law Review*, Vol. 45, Is. 3, pp. 2-70, available at: <https://ssrn.com/abstract=2048716>.
- Kelsen, H. (1994). "Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *Yale Law Journals*, Vol. 53, No. 2, pp. 207-220, available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol53/iss2/1>.
- Kubalczyk, Anna Magdalena (2015) "Evidentiary Rules in International Arbitration – A Comparative Analysis of Approaches and the Need for

- Regulation”, *Groningen Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1, pp. 85-109, available at: <https://ugp.rug.nl/GROJIL/article/view/31114>.
- Kurkela, Matti S. and Turunen, Santtu (2010). *Due Process in International Commercial Arbitration*, New York: Oxford University Press, available at: <http://dl.lux.bookfi.net/>.
- Landolt, Phillip (2012) “Arbitrators’ Initiatives to Obtain Actual and Legal Evidence”, *Arbitration International*, Vol. 28, Is. 2, pp. 173-223, http://www.landoltandkoch.com/medias/landolt_arbitratorsinitiatives_ai.pdf.
- Lew, Julian D. M. and Mistelis, Loukas A. and Michael Kröll, Stefan (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*, New York: Kluwer Law International, Chapter 21, pp. 521 – 551, available at: https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Lew-Mistelis-Kr%22oll_-_Arbitration_Procedure.pdf.
- Moses, Margaret L. (2008). *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York: Cambridge University Press, available at: <http://266bb543b720e23ae7c7f9a143e0d9db.appao.com.br/>.
- Moses, Margaret (2014). “Inherent Powers of Arbitrators to Deal with Ethical Issues”, *Loyola University Chicago School of Law Research Paper*, No. 2014-016, pp. 1-19, available at: <http://ssrn.com/abstract=2503028>.
- Omeroglu, Ekin “Taking Evidence in International Arbitration” *Coventry Law Journal*, Vol. 20, No. 2, pp. 1-16, available at: https://www.academia.edu/28415624/Taking_Evidence_in_International_Arbitration.
- Parisi, Francesco (2002). “Rent-Seeking Through Litigation: Adversarial and Inquisitorial Systems Compared”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2, George Mason Law & Economics Research Paper No. 00-28, pp. 1-36, available at: <https://ssrn.com/abstract=229687> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.229687>.
- Park, William W. (2010). “Arbitrators and Accuracy”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, Is. 1, pp. 25-53, available at: icca.org/media/4/28144731194383/media012771033387160ww_park_accuracy_and_arbitration.pdf.
- Quadri, Kafayat Motilewa and Kadaouf, Hunud Abia and Ishan Jan, Mohammad Naqib and AbdulWahab, and Ahamat, Haniff (2015). “Adquisitorial: The Mixing of Two Legal Systems”, *International Journal of Humanities and Management Sciences*, Vol. 3, Is. 1, pp. 31-36, available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/7719/41d24126017c32faab9af778025a6f60a69a.pdf>

- Ringnalda, A. (2010). "Inquisitorial or Adversarial? The Role of the Scottish Prosecutor and Special Defenses", *Utrecht Law Review*, Vol. 6, No. 1, pp. 119-140, available at: <https://www.utrechtlawreview.org>
- Salomon, Claudia T. & Friedrich, Sandra (2013). "Obtaining and Submitting Evidence in International Arbitration in The United States", *American Review of International Arbitration*, Vol. 24, Is. 1, pp. 549-590, available at: <http://aria.law.columbia.edu/issues/24-4/obtaining-and-submitting-evidence-in-international-arbitration-in-the-united-states-vol-24-no-4/>.
- Schaefer, Jan K. (2016). "Court Assistance in Arbitration—Some Observations on The Critical Stand-by Function of the Courts", *Pepperdine Law Review*, Vol. 43, Is. 5, pp. 522-540, available at: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss5/4>.
- Solum, Lawrence B. (2004). "Procedural Justice", *Southern California Law Review*, Vol. 78, Is. 1, pp. 182-320, available at: <https://ssrn.com/abstract=636721>.
- Summers, Robert S. (1999) "Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases", *Law and Philosophy*, Vol. 18, No. 5, pp. 497-511, available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1186>.
- Townsend, John M. & Elsing, Siegfried H. (2002). "Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 18, No. 1, pp. 1-7, available at: <https://www.hugheshubbard.com>.
- Wigwe, Chris (2012). "Commercial Arbitration: Powers and Duties of Arbitrators in Arbitral Proceeding", *Port Harcourt Law Journal*, Vol. 4, No. 2, pp. 242-249, available at: <https://www.researchgate.net>.
- Zaki, Ahmed (2006). *Adversarial or Inquisitorial: Which Approach is closer to Arbitration?* A Thesis Submitted to the American University in Cairo. Dept. of Law, available at: <http://dar.aucegypt.edu/handle/10526/3425>.
- Zekos, Georgios I., (2008). *International Commercial and Marine Arbitration*, London: Routledge-Cavendish.

ب. منابع اینترنتی

- "Search for the 'Correct' Answer: the Role of the Courts and Arbitral Tribunals" (2015), Davidson, Nicholas and Choi, Augustine available at: https://www.aminz.org.nz/Attachment?Action=Download&Attachment_id=458.
- "Admissibility and Presentation Evidence in International Commercial Arbitration", (05-03-2019), Economou, George C., and Associates, available at: <http://www.greeklawdigest.gr>.

- “Washington Conference (2014) International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Washington D.C”, International Law Association, available at: <https://ila.vettoreweb.com>.
- “Comparative Analysis between Adversarial and Inquisitorial Legal Systems”, (2017). Justice, Adele, available at: <https://ssrn.com/abstract=3077365>.
- “UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial”, Arbitration, Sales No. E.12., V.9, (2012), United nations available at: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2,2-e.pdf>.



بررسی دادرسی کدخدامنشانه با توجه به ماهیت کدخدامنشی و تفاوت آن با قضاوت و داوری

زینب طلاکی طرقي *

DOI: 10.22096/law.2021.127260.1669

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۶]

چکیده

کدخدامنشی، به‌عنوان سیستمی برای حل و فصل منازعات، غالباً در داوری، به‌ویژه در حوزه بین‌الملل شناخته می‌شود. حقوق فرانسه، مهد کدخدامنشی، این امکان را به طرفین دعوا می‌دهد که از قاضی بخواهند اختلافات را کدخدامنشانه رسیدگی کند. در ایران قدیم، افراد اختلافات خود را نزد کدخدا مطرح می‌کردند؛ ولی به‌مرور با روی کار آمدن دولت‌ها، دادگستری‌ها جایگزین شیوه‌های سنتی حل و فصل اختلافات شدند که نتیجه آن، تلاش طرفین دعوا برای اثبات حق به نفع خود بود. درحالی‌که در شیوه‌های سنتی حل اختلاف، همچون کدخدامنشی سعی بر حل ریشه مشکل برای رسیدن به آرامشی پایدار است. تلاش سیستم قضایی برای احیای شیوه‌های سنتی در چهارچوب شوراهای حل اختلاف نشان داد که این امر به‌صرف تغییر فرد رسیدگی‌کننده و سعی برای سازش محقق نمی‌شود. برای کدخدامنشی، باید سیطره قواعد حقوقی شکسته شود و متوجه شد که حمایت صرف از حقوقی که در قانون شناسایی شده است، تنها فصل خصومت می‌کند، والا حل و فصل اختلافات به چیزی بیش از رسیدگی به ادله و حکم کردن بر اساس آن نیاز دارد. در کدخدامنشی، برخلاف قضاوت که به دنبال محق و محکوم است، باید به سراغ راهی رفت که ممکن است حقوقی نباشد، اما گره اختلاف را بگشاید. کدخدامنشی نیازمند خلاقیت، آموزش و تجربه است. از این رو، بهترین مکان برای توسعه کدخدامنشی همان دادگاه‌های قضایی است. این مقاله با اقتباس از حقوق فرانسه، شیوه دادرسی کدخدامنشانه؛ حل و فصل اختلاف؛ شورای حل اختلاف، **واژگان کلیدی:** کدخدامنشی؛ دادرسی کدخدامنشانه؛ حل و فصل اختلاف؛ شورای حل اختلاف.

