

خصوصی و محرمانه بودن داوری در حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی

حسین خزاعی*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۳/۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۳/۳۰)

چکیده:

طبق اصول کلی، رسیدگی به تظلمات در دادگاه‌های دادگستری علنی است و رسیدگی خصوصی و محرمانه استثنائی و نیاز به تصریح دارد. استثناء و تصریح در مورد داوری وجود دارد. خصوصی و محرمانه بودن داوری دو خصیصه اساسی حقوق داوری را تشکیل می‌دهند. این دو خصیصه امتیاز اصلی داوری بر رسیدگی قضائی و علت اساسی رجوع به داوری تلقی می‌شوند. در رویه قضائی فقط درباره خصوصی بودن داوری اتفاق نظر وجود دارد و محرمانه بودن آن مورد مناقشه و اختلاف عقیده است. مقاله حاضر در نظر دارد این دو خصیصه داوری را مشخص نماید.

واژگان کلیدی:

خصوص بودن - محرمانه بودن - داوری - حقوق داخلی - تجارت بین‌المللی.

مقدمه

از خصوصی و محرمانه بودن حقوق داوری به مثابه دو روی یک سکه یاد می‌شود. با وجود این، بر خلاف خصوصی بودن که خصیصه اولیه حقوق داوری و قدیمی است، محرمانه بودن بحثی است که در چند دهه اخیر در حقوق داوری مطرح و با اختلاف نظر ادامه یافته است. موضوع خصوصی بودن مربوط به حقوق طرفین در ممانعت از ورود خارجی به جریان رسیدگی است ولی محرمانه بودن مربوط به عدم افشاء اسناد و اطلاعات یا واقعیاتی است که برای انجام داوری تهیه و یا در جریان آن تحصیل می‌شود.

بعضی‌ها خصوصی و محرمانه بودن داوری را ذاتی نمی‌دانند و نظر دارند که در حقوق موضوعه و قواعد داوری باید شفافیت لازم در این موارد وجود داشته باشد و یا اینکه طرفین صریحاً توافق بر خصوصی و محرمانه بودن آن کرده باشند (Gaillard.1997,p160).

به این ترتیب مبنای محرمانه و خصوصی بودن داوری قانون یا قرارداد داوری می‌شود^۱ (Yves Fortier 1999 p134). بنابراین از ماهیت قراردادی یا قضائی داوری تعهد ضمنی خصوصی و محرمانه بودن استنتاج نمی‌شود. درست است که خصوصی و محرمانه نگهداشتن داوری به نفع طرفین است، ولی این خصوصیات شرط اساسی متعهد شدن در قرارداد داوری نیست. طرفین مانند سایر شروط قراردادی باید به طور صریح توافق بر خصوصی و محرمانه نگهداشتن داوری نمایند. محرمانه بودن داوری در قرارداد اصلی یا قرارداد ارجاع اختلاف به داور در مواردی که بعد از حدوث اختلاف توافق بر حل اختلاف توسط داور می‌شود و یا در جریان رسیدگی در دادگاه داوری مورد قبول واقع می‌شود. این امکان نیز وجود دارد که در مقررات نهاد داوری که طبق آن داوری انجام می‌شود، قید شده باشد^۲. در هر فرض موضوع از عبارت پایانی اصل ۱۶۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی که مقرر می‌دارد (... یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوی تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد) استنباط می‌شود.

در حقوق انگلیس به قاضی حق داده شده است که به تشخیص خود دعوی داوری را خصوصی یا علنی استماع نماید. دادگاه با حفظ حقوق خود در خصوص صدور نوع قرار طبق ماده ۶۹ قانون داوری ۱۹۹۶ تجدید نظر خواهی از رای را علنی انجام می‌دهد. ولی به هر نوع ادعای دیگر به طور خصوصی رسیدگی می‌نماید. حتی التزام به محرمانه بودن آئین رسیدگی و

۱ - L.Yves Fortier: در این خصوص می‌نویسد

The private nature of arbitral proceedings is well established and the concept of privacy would have no meaning if participants were required to arbitrate privately by day while being free to pontificate publicly by night. The duty of confidentiality is not absolute, argue its proponents, but the qualifications or exceptions that attach to it are just that: Exceptions to a general rule.

۲. در ماده ۳۰ قواعد دیوان داوری بین‌المللی لندن (London Court of International arbitration).

تشریفات، موجب انصراف دادگاه از رسیدگی علنی نیست مگر اینکه یکی از طرفین ضرورت محرمانه بودن آن را ثابت کند.

در حقوق فرانسه در ماده ۱۴۶۹ قانون آئین دادرسی مدنی جدید مشاوره داوران محرمانه اعلان شده است (Bredin, 1991, p71). در حقوق ایران در قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی محرمانه بودن تمام یا بخشی از آئین داورى قید نگردیده است ولی در ماده ۴۷۷ اعلان شده است که داوران در رسیدگی و رای تابع مقررات آئین دادرسی نیستند. لذا می‌توانند در داوری رسیدگی را در راستای قسمت آخر اصل ۱۶۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی غیر علنی بر گزار نمایند.

اگر خصوصی بودن پذیرفته شود اثر آن بر محرمانه بودن مورد توجه قرار می‌گیرد و اگر شرط محرمانه بودن در قرارداد اصلی درج شده باشد این سوال مطرح می‌شود که آیا این شرط به قرارداد داوری تسری پیدا می‌کند؟ اگر پاسخ مثبت باشد تعهد محرمانه نگهداشتن در مراحل بعدی بر قراردادهائی که داوری را به جریان می‌اندازد، اثر می‌گذارد؟ و آیا داوران و مؤسسه داوری باید اراده طرفین را در خصوص حفظ اسرار محترم بشمارند.

طرح سوال به این صورت و اختلاف نظر در خصوصی و محرمانه بودن داوری و ارتباط این دو با یکدیگر موجب می‌شود که در مبحث اول خصوصی بودن داوری در مبحث دوم اثر خصوصی بودن بر محرمانه بودن و در مبحث سوم محرمانه بودن و در مبحث چهارم استثناءات خصوصی و محرمانه بودن و در مبحث آخر ضمانت اجرای نقض تعهد محرمانه بودن بررسی شود.

مبحث اول - خصوصی بودن داوری

خصوصی بودن به معنی عدم امکان ورود شخص خارجی به جریان رسیدگی داوری است. تفکر خصوصی بودن داوری بر این مبنا استوار است که غیر از طرفین شخص دیگری در حل اختلاف توسط داور حضور نداشته باشد مگر اینکه طرفین صریحاً توافق بر حضور او کرده باشند.

منظور از شخص خارجی کسی است که ضرورت حضور ندارد و یا اینکه حضور او مقتضی مدیریت خاص رسیدگی نیست. به این ترتیب، شهود طرفین و وکلاء آنها خارجی تلقی نمی‌شوند و در مواردی که مصلحت دادگاه داوری اقتضاء نماید حضور شخصی غیر از وکیل و شاهد مانند کارشناس با اجازه دادگاه داوری اشکال ندارد.

در تعداد زیادی از قواعد داوری قید می‌شود که رسیدگی داوری خصوصی است. به عنوان مثال در ماده ۴-۱۳ قواعد دیوان داوری لندن تصریح به این شده است که تمام جلسات استماع

خصوصی خواهد بود مگر اینکه طرفین کتباً به گونه دیگری توافق کرده باشند یا دادگاه داورى مدیریت دیگری برگزیند.^۱ قواعد داورى آنسیترال در ماده ۲۵-۴ و قواعد داورى اتاق بازرگانى بین‌المللى در ماده (۳) ۲۱ همین ترتیب را مقرر کرده است. در دادگاه داورى نیز اصل بر خصوصى بودن جریان داورى است مگر اینکه طبق مقررات یا قانون به گونه دیگری مقرر شده باشد. با این وجود در قوانین داخلی کشورها به ندرت این دو خصیصه مورد توجه قرار گرفته است (paulsson 1995p 308).

از خصوصى بودن داورى این نتیجه حاصل می‌شود که طرفین اختلاف بتوانند مانع حضور اشخاص ثالث در جریان داورى شوند حتى اگر منافع تجارى این اشخاص تحت الشعاع قرار گرفته باشد. دادگاه داورى نمی‌تواند بدون توافق طرفین حل اختلاف دیگری حتى در رابطه با اختلاف موضوع رسیدگی را وارد جریان داورى نماید. موضوع اختلاف در داورى نامه که به امضاء طرفین و داور یا داوران رسیده است معین شده است و داوران باید به آن موضوع رسیدگی و خارج از موضوع رسیدگی ننمایند.

با وجود این، باید پذیرفت که این نتیجه منطقی خصوصى بودن داورى جذابیت لازم را ندارد. زیرا در خیلی از موارد رسیدگی به اختلافات جانبى و طارى امتیازات مهم و روشن دارد. صرف وقت و هزینه یک داورى از چند داورى کمتر می‌شود و سرگردانى ناشى از بلا تکلیفى کاهش می‌یابد و مخصوصاً از صدور احکام معارض که معمولاً در قواعد داورى چه در حقوق داخلی چه در سطح بین‌المللى برای حل تعارض آنها راه حلى پیش بینی نمی‌شود، اجتناب می‌شود.

از طرف دیگر، داورى نباید گرفتار پیچیدگی آئین رسیدگی قضائى شود مانند جلب ثالث و ورود ثالث که برای اجتناب از آن به داورى روی آورده‌اند، در هر روی، دادگاه داورى نمی‌تواند دعوى دیگری را وارد جریان داورى کند و صدور دستور رسیدگی توأمان را بدون توافق طرفین صادر نماید.

مبحث دوم - اثر خصوصى بودن بر محرمانه بودن

اگر اصل خصوصى بودن داورى پذیرفته شود سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا از این تعهد اصلی تعهد ضمنى محرمانه بودن داورى نیز استنتاج می‌شود؟ اگر این نتیجه حاصل شود سوال بعدى این است که آیا بر قراردادهائی که در ایجاد و به جریان انداختن داورى نقش دارند، مانند قرارداد داورى به معنی خاص (شرط رجوع به داورى یا توافقنامه داورى) که بین

1- All meetings and hearings shall be in private unless the parties agree otherwise in writing or the Arbitral Aribunal directed otherwise.

طرفین منعقد می‌شود، یا قراردادهای تحکیم داوری مانند داوری نامه که بین داوران و طرفین منعقد می‌شود یا قرارداد سازماندهی داوری که بین مؤسسه داوری و طرفین منعقد می‌شود، اثر می‌گذارد.

آنچه مسلم است تعهد محرمانه نگهداشتن خود به خود از ماهیت خصوصی داوری ناشی نمی‌شود. ولی حداقل اجازه توجیه ممانعت از حضور اشخاص ثالث در محل برگزاری داوری را می‌دهد. جلسات رسیدگی در محل خصوصی برگزار می‌شود که ورود به آن برای عموم آزاد نیست. ولی از این واقعیت که بتوان مانع ورود اشخاص ثالث به جلسات رسیدگی شد، الزاماً این معنی مستفاد نمی‌شود که طرفین تعهد محرمانه نگهداشتن اسناد و اطلاعات و اظهارات جلسه رسیدگی و حتی رای صادره را دارند.

در رسیدگی به اختلاف هیچ چیز ماهیت محرمانه ندارد. رموز شغلی طبیعت محرمانه ندارد و ناگهانی بدون علت ایجاد نمی‌شود. حفظ اسرار منشاء قانونی دارد و با تعهد قانونی اسرار به اشخاص سپرده می‌شود. این نوع تعهد در قانون مجازات فرانسه^۱ مانند جمهوری اسلامی ایران وجود دارد. طبق ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی: (اطباء و جراحان و ماماها و دارو فروشان و تمامی کسانی که به مناسبت شغل یا حرفه خود محرم اسرار می‌شوند هر گاه در غیر از موارد قانونی اسرار مردم را افشاء کنند به سه ماه و یک روز تا یک سال حبس و یا به یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند). این تعهد با ضمانت اجرای کیفری فقط بر کسانی تکلیف می‌شود که به علت وضعیت، شغل یا ماموریت دارنده اطلاعات هستند.

در خارج از وجود تعهدات قانونی، تعهد محرمانه نگهداشتن منشا دیگری غیر از منشا قراردادی، نمی‌تواند داشته باشد. هیچ مانعی ندارد که طرفین توافق نمایند که اطلاعات و حتی مدارکی که به عنوان دلیل به دادگاه داوری ارائه می‌شود، محرمانه بماند. دادگاه‌هایی که وجود اصل محرمانه بودن داوری را انکار کرده‌اند، استدلال خود را بر این استوار می‌نمایند که تعهد قانونی محرمانه نگهداشتن، بطور ضمنی از قرارداد داوری یا از وابستگی به آن ناشی نمی‌شود (دیوان عالی استرالیا ۱۹۹۶). بنابراین، پاسخ به سوالات فوق‌الذکر بستگی به تجزیه و تحلیل اراده طرفین پیدا می‌کند. آیا طرفین خواسته‌اند به داوران و مؤسسه داوری اطلاعات محرمانه‌ای بسپارند؟ یا خیر و کدام اطلاعات؟

با وجود این، دادگاه‌های انگلیسی وجود اصل کلی محرمانه بودن داوری را منبعث از خصوصی بودن داوری می‌شناسند. در این کشور دادگاه تجدیدنظر (Arbitration) 11

۱. ماده ۱۳-۲۲۶ قانون مجازات فرانسه (افشاء اطلاعات محرمانه را توسط اشخاصی که خواه به علت وضعیت، خواه به علت شغل، خواه به علت عمل یا ماموریت موقت، مکلف به محرمانه نگهداشتن هستند). جرم می‌داند.

(International) اظهار داشته است: تعهد محرمانه ماندن داوری که بر طرفین داوری تحمیل می‌شود از ماهیت خصوصی داوری ناشی می‌شود. به همین ترتیب، قاضی اظهار داشته است در داوری تعهد ضمنی طرفین در خصوص عدم افشاء مدارکی که برای داوری فراهم و یا در داوری از آنها استفاده یا در جریان داوری افشاء یا تولید می‌شود، وجود دارد. در مورد صورت حساب‌ها و یادداشت‌هایی که به عنوان دلیل ارائه می‌شوند یا در رای ذکر می‌شوند، همین حکم صادق است، مگر اینکه طرفین بر افشاء آن تراضی نمایند.

در فرانسه نیز بعضی از دادگاه‌ها محرمانه بودن داوری را متأثر از خصوصی بودن آن می‌دانند. در پرونده‌ای (Aojjeh1986) دادگاه تجدید نظر پاریس اظهار می‌دارد که داوری ماهیتاً راز داری مقررات مربوط به نظم خصوصی مورد توافق طرفین را به بهترین وجه تامین می‌نماید. با وجود این در فرانسه محرمانه بودن داوری اصولاً منشا قانونی یا قراردادی دارد و از خصوصی بودن آن استنتاج نمی‌شود.

مبحث سوم - محرمانه بودن داوری

در سال‌های اخیر مساله محرمانه بودن داوری موضوع بحث دانشگاهی و توجه کمیسیون داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (گزارش آوریل سال ۲۰۰۲) و سازمان مشورتی حقوقی آسیائی - افریقائی^۱ بوده است.

بعضی از قواعد نهادهای داوری مقرراتی در مورد محرمانه ماندن یک یا تعدادی از جنبه‌های خاص داوری دارند. در حقوق فرانسه و انگلیس و اغلب کشورهای نظام حقوقی کامن لا محرمانه بودن داوری بطور جزئی یا کلی به رسمیت شناخته شده است. در فرانسه محرمانه بودن داوری فقط مربوط به مشاوره داوران برای اتخاذ تصمیم است، که به اصل محرمانه بودن داوری تسری پیدا نمی‌کند. تعدادی از حقوقدانان برجسته داوری را محرمانه می‌دانند (Fouchard, Gaillard, Goldman.1996, No 1132).

در حقوق کشورهای دیگر مانند ایالات متحده امریکا، سوئد و استرالیا محرمانه بودن داوری مورد تردید و بحث است (Delvove.1996.p375). در استرالیا در پرونده‌ای (Esso v. Plowman 1995) کارشناس منتخب دادگاه منکر وجود قاعده عمومی حاکی از محرمانه بودن داوری شده است^۲.

1- Asian-African Legal Consultative Organization

2-Although privacy may be perceived as an advantage of arbitration over national courts ,there is no general binding rule that arbitration proceedings are private and confidential precluding the parties divulging details to third parties. The extent to which arbitration proceedings, the content ,the nature of the dispute and all aspects of the arbitration remain confidential is ,in many view. A matter of agreement by the parties.

خیلی از محاکم در کشورهای دیگر وجود چنین اصلی را انکار می‌کنند. به عنوان مثال دیوان عالی کشور سوئد نظر داده است که تکلیف قانونی ناشی از قرارداد داوری یا وابستگی ذاتی به آن برای محرمانه نگهداشتن داوری وجود ندارد. یا دیوان عالی کشور استرالیا در پرونده فوق‌الذکر اعلام می‌کند که در حقوق داوری تعهد خاص محرمانه ماندن مدارک طرفین که به دادگاه داوری ارائه نموده‌اند، وجود ندارد (High Court.1996). در رأی که توسط یک دادگاه امریکائی در سال ۱۹۸۸ صادر شده، اظهار شده است که هیچکدام از مقررات دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی بر طرفین، تعهد محرمانه نگهداشتن داوری را تحمیل نمی‌کند و نتیجتاً چنین تعهدی وجود ندارد.

در پرونده‌ای دیگر، دادگاه تجدید نظر پاریس که قبلاً (Ojeh.1986) با تکیه بر ماهیت داوری از خصوصی بودن استنتاج محرمانه بودن کرده بود، اعلام می‌نماید (طرفی که ادعای غرامت ناشی از نقض محرمانه بودن داوری می‌نماید، باید در مورد وجود و دلایل محرمانه بودن آن در حقوق داوری بین‌المللی فرانسه توضیح دهد (Nafimco.2004). اگر چنین توضیحی خواسته می‌شود به این دلیل است که به نظر دادگاه اصل مسلم محرمانه بودن داوری، وجود ندارد.

در قواعد داوری بین‌المللی نیز چنین قاعده‌ای دیده نمی‌شود. قانون نمونه داوری کمیسیون حقوق تجارت ملل متحد (آنستیرال) و قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز متذکر آن نشده‌اند.

بنابراین با وجود اختلاف نظر باید مبنای محرمانه بودن داوری را جستجو و سپس دامنه شمول آن را مشخص نمود (Loquin.2006.327).

الف- مبنای محرمان بودن داوری

چنانکه نوشته شد داوری ماهیت قضائی قراردادی دارد. از جهت ماهیت قضائی غیر علنی بودن مشاور قاعده کلی است که در انواع مختلف محاکمات وجود دارد. داوری نیز از این قاعده مستثنی نیست و مشاوره جهت اتخاذ تصمیم در داوری غیر علنی است. در داوری قبل از ختم رسیدگی اصل تساوی طرفین و حق دفاع مانع از این است که یکی از داوران نظر سایر داوران را در مورد موضوع داوری افشاء نماید. ضمانت اجرای چنین عملی جرح داور یا بطلان رای داوری است. بعد از ختم رسیدگی، احترام به استقلال داور مانع این است که یکی از داوران موضع سایر داوران را در مورد راه‌حل ارائه شده بر ملا نماید. در این وضعیت ضمانت اجرای افشاء نظر داور، مسئولیت داور افشاء کننده اسرار، در مقابل داوری که نظرش افشاء شده، می‌باشد. بنابراین، غیر علنی بودن مشاوره برای اتخاذ تصمیم در محاکمات اقتضای

ذات آن است و به خود محاکمه و غیر علنی شدن آن تسری پیدا نمی‌کند. این نوع محدودیت‌ها مانع افشاء داوری در موارد دیگر و مخصوصاً توسط اشخاص دیگر مانند طرفین اختلاف نیست (Loquin, 2006.329).

بنابراین، علت بعضی از تکالیف محرمانه که در حقوق موضوعه پذیرفته می‌شود مربوط به ماهیت قضائی داوری است. در این وضعیت محرمانه نگهداشتن داوری مربوط به داوران می‌شود و معمولاً در قوانین آئین دادرسی قضائی که داور را تحت پوشش قرار می‌دهد پیش بینی می‌شود.

اصل محرمانه بودن مشاوره در داوری، اعضاء دادگاه داوری را موظف می‌کند که عقاید شخصی داوران، مانند نظر جمعی دادگاه داوری را، حداقل تا وقتی که رای صادر نشده، برای طرفین افشاء ننمایند. تعهد محرمانه نگهداشتن داوران از اصل تساوی طرفین و حق دفاع آنها و استقلال داور ناشی می‌شود.

بعضی از حقوقدانان فرانسوی که موافق داوری محرمانه هستند از عبارت مضیق ماده ۱۴۶۸ قانون آئین دادرسی مدنی جدید که طبق آن داور تاریخ مشاوره و موضوع داوری را تعیین می‌کند، تفسیر موسع کرده و اعلام کرده‌اند که به محض اینکه دادگاه داوری وارد عمل شد، مشاوره آغاز می‌شود (Derains 1998 p639). و مشاوره خاص مورد توجه ماده ۱۴۶۰ قانون آئین دادرسی مدنی جدید را مرحله نهائی ارتباط داوران از دورانی که دادگاه داوری عملیات داوری را تحت نظر قرار می‌دهد، اعلان کرده‌اند. به نظر آنها در طی مدت داوری اصل محرمانه بودن مشاوره برای حفظ تساوی طرفین و حق دفاع ضروری است. زیرا اگر یکی از داوران با ارتباط با یکی از طرفین بطور آشکار و منظم تحولات داوری و موضع هر یک از داوران آشکار نماید تساوی بین طرفین را که به عنوان اصل عمومی ناشی از نظم عمومی آئین داوری شناخته می‌شود، نقض می‌کند. در این وضعیت طرف مطلع می‌تواند رفتار و مدارک خود را در جهت منافع خود تنظیم و هدایت نماید.

از طرف دیگر، محرمانه بودن داوری ضرورت حمایت از استقلال داوران است. حمایت از سری ماندن مشاوره به هر یک از داوران این امکان را می‌دهد که عقیده خود را آزادانه و بدون ترس از اینکه یکی از طرفین بتواند علیه او ادعای جبران خسارت ناشی از نقض آئین رسیدگی نماید، بیان نمایند.

در حمایت از این نظر استدلال می‌کنند که در حقوق داوری تعداد زیادی نقض اصل، بدون ضمانت اجرا پذیرفته شده است. دادگاه تجدید نظر (Rouen 1988) به این ترتیب رای داده است که (تصریح به اینکه رای با اکثریت صادر شده) نقض اصل محرمانه بودن است، ولی ضمانت اجرائی ندارد). به همین ترتیب، دادگاه تجدید نظر دیگری (Bordeaux.1993) اظهار نظر

کرده است (اثر ماده ۱۴۶۹ قانون آئین داری مدنی جدید ممنوعیت افشاء نظر هر یک از داوران است، ولی با توجه به اینکه قسمت دوم ماده ۱۴۷۳ همان قانون به رای داوری که اقلیت از امضاء آن امتناع نموده باشد، همان اثر را می‌دهد که انگار همه داوران آن را امضاء نموده‌اند و به این ترتیب به بعضی از داوران اجازه داده است که علناً مخالفت خود را با رای که با اکثریت آراء اتخاذ شده ابراز و به این طریق محرمانه بودن مشاوره را نقض نمایند، به نظر نمی‌رسد که مقررات ماده ۱۴۶۹ قانون آئین داری مدنی جدید بتواند به عنوان قاعده نظم عمومی مورد توجه قرار گیرد و داوران با ذکر اینکه اتخاذ تصمیم به اتفاق بوده است، قاعده نظم عمومی را نقض نموده باشند).

همین بحث در موردی که تصریح شود (رای با اکثریت صادر شده) نیز صادق است. دادگاه تجدید نظر پاریس اظهار نظر کرده است که دادگاه بدوی با دادن حق امتناع از امضاء رای به اقلیت به شرایط ماده ۱۴۷۳ قانون آئین داری مدنی جدید پاسخ مثبت داده است. واقعیت این است که اصل محرمانه بودن مشاوره قاعده‌ای برای حمایت از داور است. با امتناع از امضاء یک رای یا با قبول اینکه رای با اکثریت یا اتفاق آراء صادر شود، داور یا داوران از حمایتی که محرمانه بودن مشاوره به آنها عطا می‌نماید و از آرامشی که به دنبال آن برایشان حاصل می‌شود، بهره می‌برند.

اثر این انصراف از افشاء موضع داور برای طرفین در مقابل تصمیمی که در هیئت داوری گرفته می‌شود، ظاهر می‌شود. داور می‌تواند عقیده خود را با قبول ناسزاگویی یکی از طرفین افشاء کند. ولی این افشاء نمی‌تواند ضمانت اجرائی به دنبال داشته باشد. نتیجه این رفتار بطلان رای یا مسئولیت داور، که فقط از امکانی که حقوق به او داده استفاده می‌کند، نمی‌تواند باشد. به عبارت دیگر انصراف یا عدم انصراف داور از قاعده‌ای که از او حمایت می‌کند و در اختیار او قرار دارد، هیچ خسارتی به طرفین وارد نمی‌آورد. با وجود این باید به وضعیتی که در آن یکی از داوران، عقیده یکی از همکاران عضو هیئت داوری را افشاء می‌نماید، نظر دیگری داد. حداقل، این افشاء تقصیری است که مسئولیت داور متخلف در مقابل همکار متضرر از عدم راز داری او را بدنبال دارد.

ب- دامنه شمول تعهد اصلی

در مواردی که محرمانه بودن وجود دارد فقط در قرارداد اصلی متذکر آن می‌شوند. به عنوان مثال در مقررات داخلی قواعد داوری دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی فقط بر اعضای دیوان داوری که وظیفه مدیریت داوری دارند، (نه بر طرفین یا داورها) وظیفه محرمانه نگهداشتن داوری تحمیل شده است و در ماده ۲۰ همین قواعد مقرر شده است دادگاه داوری

حق دارد تدبیر لازم برای حمایت از محرمانه ماندن موضوع و اطلاعات داوری اتخاذ نماید. عده‌ای اعتقاد دارند که این تعهد بر قراردادهایی که داوری را سازمان می‌دهد، مخصوصاً قراردادی که بین طرفین و داوران منعقد می‌شود و قراردادی سازماندهی داوری که بین طرفین و نهادهای داوری منعقد می‌شود، پرتو می‌افکند و هر گاه مجموعه عناصر داوری توسط طرفین محرمانه اعلام شود، داوران مانند نهاد داوری مکلف به عدم افشاء داوری هستند. قراردادهای داوری از نوع قراردادهای خدمات است که معمولاً بر واقعیات استوار می‌شوند و به این اعتبار تعهد محرمانه نگهداشتن را بر داوران و نهاد داوری تحمیل می‌نمایند. وجود چنین تعهدی به نیاز ارادی مشروع طرفین که انتظار احترام به جنبه‌های سری آئین داوری دارند و به این دلیل درگیر داوری شده‌اند، پاسخ مثبت می‌دهد. به عبارت دیگر از لحظه‌ای که طرفین به طور صریح بر محرمانه بودن داوری توافق کرده‌اند، سایر قراردادهای خدماتی که منظور از انعقاد آنها به جریان انداختن (اراده داوری) طرفین است، باید محرمانه حفظ شوند.

در معنی مراد ماده ۱۳-۲۲۶ قانون جزای فرانسه^۱ و ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی که عبارت (تمامی کسانی که به مناسبت شغل خود...) به کار برده است داوران مستودع رموز هستند که توسط طرفین به آنها سپرده شده است. به این دلیل، به نظر می‌رسد در حقوق داخلی فرانسه و حقوق ایران برای داوران تعهد قانونی محرمانه نگهداشتن داوری با ضمانت اجرای کیفری وجود دارد.

به عبارت دیگر، قراردادی کردن حفظ رموز توسط طرفین، تعهد قانونی داوران را از لحظه‌ای که رموز به آنها سپرده می‌شود، ایجاد می‌کند. مطمئناً صرف وجود اراده محرمانه نگهداشتن رموز آئین داوری، کافی برای ایجاد شرایط وجود این تعهد قانونی نیست. بلکه برای اینکه افشاء کردن رموز مجازات کیفری داشته باشد، لازم است که مستودع موقعیت شغلی یا ماموریت موقت نیز داشته باشد. به این ترتیب، دامنه شمول ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی و مشابه آن در دیگر کشورها نه تنها وکلاء طرفین اختلاف داوری، بلکه خود داور و تشکیلات اداری نهاد داوری رادر بر می‌گیرد.

تازه‌ترین ادبیات حقوقی زمان ما به سوی محرمانه اعلان کردن کل سیستم داوری و عدم افشاء آن مگر با توافق طرفین اختلاف حرکت می‌کند. به این ترتیب در ماده ۴ قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران که براساس توافق دولت جمهوری اسلامی ایران و سازمان مشورتی حقوقی آسیائی-افریقائی (www.trac.ir) تدوین شده است، دامنه شمول محرمانه بودن

1- ((La revelation d'une information soit par l'etat , soit par profession ,soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.))

داوری را به همه دست اندرکاران انجام داوری تسری داده شده است. طبق این ماده: (داوری که بر مبنای این قواعد انجام می‌گیرد، محرمانه است. طرفین، از جمله وکلاء و کارشناسان منصوب آنها، داوران، کارشناسان منصوب دیوان و منشی‌ها و همچنین مرکز، متعهداند که هیچ‌گونه اسناد، واقعیات یا سایر اطلاعات مربوط به اختلاف یا جریان داوری را برای اشخاص ثالث فاش نسازند. آنها باید از انتشار رای دیوان یا فراهم نمودن موجبات انتشار آن توسط سایرین اجتناب نمایند مگر آنکه طرفین نسبت به انتشار آن توافق کنند).

بعضی از نویسندگان با درس گرفتن از عدم قاطعیت حقوق موضوعه، توصیه به درج شرط محرمانه ماندن داوری در قرارداد داوری، قواعد نهادهای داوری یا داوری نامه می‌نمایند.

بعضی دیگر، تعهد محرمانه بودن داوری مندرج در قرارداد داوری را به همه وجوه آن سرایت می‌دهند. به نظر این گروه قراردادی که هنوز همه رموز خود را آشکار ننموده، تعهد ضمنی محرمانه نگهداشتن را برعهده طرفین ایجاد می‌نماید که تمام داوری را تحت الشعاع خود قرار می‌دهد. زیرا در ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران مانند ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه^۱ مقرر است: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به تمام نتایج هم که بموجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند). به این ترتیب، تعهد ضمنی محرمانه بودن داوری به عنوان دنباله ضروری قرارداد داوری محرمانه ایجاد می‌شود. این تعهد از تجزیه و تحلیل منطقی اراده طرفین ناشی می‌شود. اگر درست باشد که داوری روش رسیدگی محرمانه به اختلاف است، یقیناً درست است که طرفین محرمانه نگهداشتن را دلیل قطعی تعهدات خود در داوری می‌دانند و متقابلاً متعهد به احترام و نگهداری آن می‌شوند.

در واقع، طرفین در رجوع به داوری عدالتی غیر از عدالتی که در دادگاه‌های دادگستری اعمال می‌شود، مخصوصاً نفی هر گونه انتشار و افشاء را جستجو می‌کنند (خزاعی، ۱۳۸۶ص ۴۱) طرفین در رجوع به داوری تضمین محرمانه ماندن رموز شغلی خود را در نظر دارند. با انتظار چنین امتیازی از داوری، این روش حل اختلاف بر همه سیستم‌های حقوقی فائق می‌آید و مطمئناً تبدیل به عرف تجارت بین‌المللی می‌شود.

1- ((Les conventions obligent non seulement a ce qui est exprim, mais encore a toutes les suites que l'equite, l'usage ou la loi donne a l'obligation d'apres sa nature.))

مبحث چهارم - استثناء محرمانه بودن داوری

الف - ضرورتها

تعهد محرمانه داشتن داوری تعهدی مطلق نیست و استثناء آتی بر این تعهد تحمیل می‌شود که در بعضی از موارد ریشه در توافق طرفین و در موارد دیگر ناشی از قانون و دستور قضائی است. غیر از موارد نظم عمومی، به همان ترتیبی که طرفین می‌توانستند توافق بر محرمانه بودن داوری نمایند، این امکان را دارند که توافق بر علنی بودن و یا بر افشاء داوری در مراحل بعدی نمایند. طرفین ممکن است نیاز به ارائه رای داور به مؤسسه بیمه داشته باشند. در مواردی که محکوم له ناگزیر از اجرای اجباری رای داور است، چاره‌ای جزء مراجعه به محاکم عمومی که موجب افشاء رای می‌شود، ندارد. به این ترتیب، الزامات ناشی از قوانین امری در خصوص افشاء اسرار، تعهد محرمانه داشتن قراردادهای داوری یعنی قرارداد با داور یا قرارداد سازماندهی داوری را از بین می‌برد. همین حکم در مورد نظم عمومی ناشی از آئین داوری، مخصوصاً تجدید نظر خواهی از رای داور یا حق استناد به رای در مقابل اشخاص ثالث، نیز صادق است.

در پرونده (Ali Shipping corp. 1999) محرمانه بودن داوری مورد مناقشه بوده است و قاضی چهار استثناء بر تعهد محرمانه بودن داوری را یاد آوری کرده است. اول موردی است که طرفین رضایت به افشاء داده باشند. اصل آزادی انعقاد قراردادها به طرفین قرارداد داوری این حق را می‌دهد که بر افشاء داوری یا افشاء اسناد و مدارکی که به دادگاه داوری ارائه می‌دهند یا در دادگاه داوری به صورت صورتجلسه تولید می‌شود یا ارائه رای داور به مرجعی دیگر، توافق نمایند. در مواردی که دادگاه دستور یا قرار ابراز و افشاء مدرک یا دلیلی را صادر می‌نماید، دستور دادگاه لازم العطاءه است. در این گونه موارد یکی از طرفین یا هر دو مخالف افشاء داوری هستند ولی طرف دیگر یا شخص ثالث با مراجعه به دادگاه و ارائه دلیل ضرورت افشاء رای را بیان می‌دارد و دادگاه در صورت احراز ضرورت مجوز افشاء رای را صادر می‌نماید. غالباً ارائه اسناد و مدارک داوری برای ارزیابی خسارات و هزینه‌ها و یا در اختیار گذاشتن آنها ضرورت دارد، در این وضعیت دستور ارائه مدارک صادر می‌شود. زیرا جبران کامل خسارات که یکی از اصول اساسی مسئولیت مدنی است بدون ارائه رای ممکن نمی‌شود. به همین ترتیب در هر مورد که منطقیاً ضرورت حفظ منافع مشروع یکی از طرفین داوری در دعوائی ایجاب نماید، اجازه افشاء صادر می‌شود. ولی صرف ادعای شخص ثالث در دادگاهی ضرورت ارائه مدارک دعوی خصوصی را توجیه نمی‌کند. به هنگام صدور دستور افشاء به خاطر حفظ منافع مشروع یکی از طرفین، دادگاه به طبیعت و هدف طرح دعوی که ضرورت ارائه اسناد را موجب شده است و مشکلات افشاء و هزینه‌های آن توجه دارد.

در بعضی از موارد اقتضای اعمال عدالت در دادگستری ضرورت افشاء اسناد و مدارک موجود در پرونده داوری را توجیه می‌کند. به عنوان مثال، ممکن است در رسیدگی قضائی و یا داوری ارجاع امر به کارشناس شده باشد و کارشناس نظری خلاف آنچه که در پرونده داوری سابقاً اظهار کرده است، در گزارش جدید تقدیم دادگاه داوری یا قضائی نماید. در این وضعیت، منافع خصوصی و نظم عمومی اقتضای افشاء اسناد و مدارک پرونده داوری جهت تطابق نظریات معارض را جهت ارزیابی خسارات دارد. مکرر اتفاق می‌افتد که طرفین پرونده داوری یا قضائی همان اشخاصی باشند که قبلاً طرفین دادگاه داوری بوده‌اند و در پرونده دوم به پرونده مقدم استناد نمایند. هر گاه اصل محرمانه بودن داوری پذیرفته شده باشد علی‌رغم آن صدور دستور ارائه اسناد و مدارک پرونده داوری با توجه به شرایط و اوضاع و احوال صادر می‌شود.

در شرکت‌های تجارتي مساله افشاء اسرار اهمیت خاص پیدا می‌کند. برای مقامات مسئول بازار مالی باید تمامی اطلاعات حقوقی، اقتصادی و حسابداری شرکت‌هایی که در بورس پذیرفته شده‌اند، از جمله اطلاعات مربوط به اختلافاتی که شرکت طرف آنها است، تهیه شود. اخبار اختلافاتی که به داوری ارجاع داده شده نیز از این قاعده کلی مستثنی نمی‌شود و در گزارش سالیانه شرکت‌هایی که در بورس پذیرفته شده‌اند، اختلافاتی که می‌توانند بر حساب‌ها تاثیر گذارند، باید ذکر شود. با عمومیت بیشتر، شرکت‌های سهامی عام باید هر اقدام مهم شناخته شده‌ای که تاثیر مهم بر جریان ابزار مالی آنها یا بر حقوق و تعهدات دارنده این ابزار مالی داشته باشد، به اطلاع عموم برسانند. به این اعتبار اطلاعات مربوط به دادگاه داوری و یا محکومیت شرکت توسط دادگاه داوری و حتی موفقیت‌هایی که یک شرکت در آئین داوری تحصیل نموده است، باید به اطلاع عموم برسانند (Fabrice Fages. 2000.p.5). به طور کلی به محض اینکه قانون طرفین را مکلف به اطلاع رسانی و افشاء و شفافیت نماید، تعهد محرمانه بودن ناپدید می‌شود. اراده طرفین نمی‌تواند آمریت این تعهدات قانونی نظم عمومی را کنار گذارد.

ب- استثناء اموال عمومی

منافع عمومی ایجاب می‌کند که دولت با شفافیت بیشتر عمل نماید. لذا در بعضی از موارد نظر داده‌اند که نه تنها در مواردی که خود دولت اقدامی برای منافع عمومی می‌نماید، شفافیت لازم است بلکه هر گاه سازمان وابسته به دولت به عنوان نماینده دولت عمل نماید همین ضرورت وجود دارد. منطبق استثناء منافع عمومی در محرمانه بودن داوری در رای دادگاه استرالیا (Esso v. Plowman 1995) تشریح شده است. در این رای دادگاه آنچه را که برای منافع

عمومی از داوری حاصل می‌شود مد نظر قرارداد و با مقایسه رموز شخصی و رموز دولتی در محرمانه نگهداشتن رای تفاوت‌های زیادی مشاهده و در هر مورد ضوابط متفاوتی بکار گرفته است.

مساله ضرورت شفافیت بیشتر در حل اختلافات بین دولت‌ها در روابط بین‌الملل مطرح و مورد بحث قرار گرفته است. در سال ۲۰۰۱ در دوحه قطر سازمان تجارت جهانی این موضوع را مطرح و در بیانیه خود گنجانید. در سال ۲۰۰۲ در راستای بیانیه دوحه، جامعه اروپا طرفدار شفافیت بیشتر در حل اختلافات بین‌المللی شده است. در همان سال ایالات متحده امریکا پیشنهاد شفافیت بیشتر را مطرح کرد. پیشنهاد ایالات متحده امریکا شامل علنی شدن رسیدگی و امکان اشراف به مدارک و گزارشات و خلاصه گردش کار نیز بود.

در اغلب توافق‌نامه‌های تجارتي که بین دول منعقد می‌شود تمایل به شفافیت در حل اختلافات با داوری دیده می‌شود. در توافق نامه بین ایالات متحده امریکا و سنگاپور بر افشاء اطلاعات مربوط به حل اختلافات و علنی بودن آن تصریح شده است. طرفین متعهد به در اختیار عموم قرارداد اسناد و لوایح و قرارها و دستورات و تصمیمات دادگاه شده‌اند. محتوی این توافقنامه در توافقنامه‌های بعدی ایالات متحده با کشورهای دیگر مانند شیلی در ۲۰۰۳ گنجانیده شده است. در توافقنامه‌های تجارتي بین جمهوری اسلامی ایران و سایر دول به همین ترتیب عمل شده است (خزاعی، ۱۳۸۶، ص ۶۶).

در رویه قضائی داوری نیز وضعیتی مشابه وجود دارد. در قراردادی بین امریکا و شرکت (Methanex Corp Methanex Corp) برای حل اختلاف ناشی از توافقنامه تجارت آزاد امریکای شمالی^۱ توافق بر داوری طبق قواعد آنسیترال شده بود. موضوع اختلاف کاربرد متانول در مواد نفتی بود. ایالت کالیفرنیا شرکت طرف قرار داد را از استفاده آن ممنوع کرده بود. شرکت طرف قرارداد درخواست داوری کرد و در درخواست خود تقاضای (حضور دوستانه) Amici curiae در رسیدگی و عرضحال شفاهی و داشتن ناظر بر استماع کرد.

در خصوص حضور شخص ثالث در داوری دادگاه داوری اظهار داشت که ماده ۴-۲۵ قواعد داوری آنسیترال تعیین تکلیف و صریحاً اعلان داشته است که استماع غیرعلنی انجام می‌شود مگر اینکه طرفین به طریق دیگری توافق کرده باشند و بنابراین دادگاه حق ندارد اشخاص ثالث را در استماع بپذیرد. افشاء مدارک را نیز با وجود توافق طرفین بر عدم افشاء جایز نشمرد.

در خصوص اینکه آیا اشخاص ثالث می‌توانند حضور دوستانه در جلسات رسیدگی داشته باشند ماده ۱-۱۵ قواعد آنسیترال به دادگاه داوری اجازه داده است که داوری را به نحوی که

1- North American Free Trade Agreement . NAFTA

مناسب می‌داند مدیریت نماید. ولی استفاده از این اختیار نمی‌تواند برابری با طرفین اختلاف را به مخاطره اندازد و فرصت برابر کامل به آنها در ارائه مدارک و دلایل خود ندهد. به نظر دادگاه ماده ۱-۱۵ قواعد انعطاف‌پذیری به دادگاه داده است ولی این ماده نمی‌تواند برای پذیرش طرف سوم مورد استفاده قرار گیرد. دادگاه داوری یاد آوری می‌کند که قواعد داوری آنسیترال صریحاً به این موضوع نپرداخته است. دادگاه با استناد به رویه داوری و رای صادره در دادگاه‌های ایران- ایالات متحده امریکا (رای شماره ۱- ۵) جوانب احتیاط را مد نظر قرارداده و در نهایت حضور دوستانه در دادگاه را رد می‌کند.

در اختلاف بین دولت جمهوری بلیوی و شرکت سرمایه‌گذار خارجی منافع عمومی در خصوص تامین آب به شدت به مخاطره افتاده بود که منجر به شورش مردم و کشته شدن ۱۷ نفر شد. پس از ارجاع اختلاف طبق قرارداد بیش از ۳۰۰ نفر از دادگاه داوری درخواست شرکت در رسیدگی داشتند. درخواست کنندگان می‌خواستند به عنوان طرف دعوی پذیرفته شوند و یا حق شرکت در دعوی به عنوان حضور دوستانه (Amicus curiae) داشته باشند. دفاعیات و گزارشات و صورتجلسات به طور علنی انجام شود. داوری علنی باشد. دادگاه داوری تحقیقات محلی در بلیوی انجام دهد تا واقعیات مربوط به اختلاف روشن شود. حق دادن جواب به هر نوع دلیل مربوط به دعوی داشته باشند و خسارت کامل آنها پرداخت شود. مرکز بین‌المللی حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری^۱ درخواست آنها را در ۲۹ اوت ۲۰۰۲ ثبت کرد ولی در ۲۹ ژانویه ۲۰۰۳ دادگاه داوری درخواست آنها را رد کرد. دادگاه داوری اظهار داشت که طبیعت قراردادی رضائی داوری کنترل مسائل مورد درخواست را به طرفین می‌دهد و نه به دادگاه. مخصوصاً برای دادگاه به خوبی روشن است که در عدم وجود رضایت طرفین دادگاه حق پذیرش ثالث و به طریق اولی عموم را در دعوی ندارد.^۲

ج- محرمانه بودن و انتشار و استناد به رای

بعد از صدور رای داور، دلایل عملی بسیار وجود دارد که رای داور نمی‌تواند تابع قواعد محرمانه صرف باشد. از جمله حقوق و تعهدات طرفین در رای داور معین و محقق شده

1- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

۲. چکیده رای دادگاه به این شرح است:

The consensual nature of the arbitration places the control of the issues you raise with the parties, not the tribunal. In particular, it is manifestly clear to the Tribunal that it does not, absent the agreement of the parties, have the power to join a non-party to the proceedings; to provide access to hearings to non-parties and, a fortiori, to the public generally; or to make the documents of the proceedings public . . .

We hold this view without in anyway prejudging the question of the extent of the Tribunal's authority to call witnesses or receive information from non-parties on its own initiative

است. بنابراین، اگر منطقاً ضرورت افشاء رای برای حمایت از حقوق یکی از طرفین در مقابل شخص ثالث وجود داشته باشد، رای باید افشاء شود. به همین ترتیب در مواردی که از دادگاه تقاضای اجرای رای داور می‌شود، افشاء رای ضرورت پیدا می‌کند. در اغلب موارد وقتی رای داور در دادگاه دولتی که اصولاً رسیدگی علنی دارد به مناقشه گرفته می‌شود، جزئیات داوری برای عموم آشکار می‌شود.

اصولاً فقط طرفین می‌توانند اجازه انتشار رای داور را بدهند. یعنی رای داور تحت پوشش تعهد محرمانه بودن طرفین و داوران و نهاد داوری قرار دارد. این راه حل صریحاً توسط قواعد داوری آنسیترال که در بند ۵ ماده ۳۲ اعلام می‌کند (رای داور نمی‌تواند منتشر شود مگر با رضایت دو طرف) قبول شده است.

مساله انتشار آرای داوری در دادگاه‌های سوئد نیز مطرح شده است. شرکتی قرار موقت علیه طرف دعوی خود در دادگاه داوری تحصیل و در مجله‌ای منتشر کرد. طرف دعوی با استناد به محرمانه بودن، در دادگاه نخستین استکھلم طرح دعوی و حکم نقض اصل محرمانه بودن که در آن دادگاه نقض اساسی قرارداد داوری تلقی شده بود را تحصیل نمود. دادگاه تجدید نظر با قبول تقصیر شرکت، اظهار داشته است که تقصیر تزلزل در قرارداد داوری را توجیه نمی‌کند، زیرا قرار موقت منتشر شده فقط آئین داوری را که منفعت عام دارد مطرح کرده است. به این ترتیب، دیوان عالی کشور سوئد در این موضوع تکلیف قانونی محرمانه بودن که به طور ضمنی از قرارداد داوری ناشی یا به آن مربوط شود، احراز نمی‌کند.

افزون بر این به دلایل مختلف از اشخاص ثالث نمی‌شود انتظار محرمانه داشتن کامل داوری را داشت. در درجه اول با اتفاق نظر پذیرفته شده است که شاهد حق دارد برای اشخاص ثالث مشاهدات خود را بازگو نمایند. بنابراین از شاهد برخلاف کارشناس نمی‌شود انتظار محرمانه نگهداشتن را داشت. کارشناس که طبق وظیفه مکلف به اظهار نظر شده است باید اطلاعات دادگاه داوری را محرمانه نگهدارد.

در بعضی از موارد انتشار رای تنها طریق جبران کامل خسارت یکی از طرفین داوری است. اصل جبران کامل خسارت می‌تواند با تعهد محرمانه بودن، معارض باشد. در چنین فرضی دادگاه داوری می‌تواند، به عنوان ضرورت جبران خسارت، دستور افشاء رای صادر نماید.

تعهد محرمانه بودن در مقابل نظم عمومی آئین داوری باید خنثی شود. این تعهد نباید به حق دفاع و برابری هر یک از طرفین لطمه‌ای وارد آورد. هر یک از طرفین حق اعتراض به رای داور در دادگاه دولتی صالح را دارند و نیز می‌توانند از صدور قرار اجرای رای که به آن قدرت اجرائی می‌دهد، شکایت نمایند. این حق با تعهدی که بر هر یک از طرفین در محرمانه

نگهداشتن داوری تحمیل می‌شود، منافات دارد. نه تنها آئین داوری با این عمل آشکار می‌شود، بلکه رای داور و حتی در مواردی بعضی از وقایع جلسه داوری نیز بر ملا می‌شود (Paris 1990). از طرف دیگر، نظم عمومی با آئین رسیدگی ارتباط دارد. حق دفاع هر یک از طرفین نقض محرمانه بودن رای داور را تجویز می‌کند. رای داوری می‌تواند به عنوان دلیل در دفاع یا مبنای اقامه دعوی در دادگستری علیه شخص ثالث قرار گیرد. درست است که امر مختومه رای داور را فقط بین طرفین داوری منشا اثر می‌داند، ولی رای داور مانند رای قضائی وضعیت حقوقی جدید قابل استناد در مقابل اشخاص ثالث که می‌بایست آن را مورد توجه قرار دهند، بوجود می‌آورد. به عنوان مثال، ضامن در مقابل طلبکار می‌تواند استناد به رای داوری نماید که بدهکار اصلی را محکوم به پرداخت دین نموده است. این حق نمی‌تواند با تعهد محرمانه بودن که از قرارداد داوری ناشی می‌شود معارض تلقی شود.

سوالی که در مجامع داوری مطرح و مربوط به نقض محرمانه بودن در حق دفاع است. آیا حق دفاع، اجازه افشاء رای داور یا سندی که تحت پوشش تعهد محرمانه قرار دارد، در دادگاه دولتی یا دادگاه داوری دیگری را می‌دهد. در پاسخ به این سوال توجه می‌دهیم که مطالعه رویه داوری نشان می‌دهد آرای داوری مکرراً به عنوان رویه در داوری‌های دیگر مورد استناد قرار می‌گیرند. در داوری‌های نهادی مرسوم است که داوران به سوابق داوری که در داوری‌های گذشته، تحت سرپرستی نهاد داوری، در موارد مشابه یا نزدیک به آن صادر شده، استناد می‌نمایند. در داوری‌های مربوط به اختلافات در شبکه‌های توزیع کالا، وکلای توزیع کننده کالا مکرراً به آرای که علیه اعضاء دیگر شبکه صادر شده به عنوان رویه استناد می‌نمایند.

مبحث پنجم - ضمانت اجرای نقض تعهد محرمانه بودن

الف - مسئولیت کیفری

در موردی که قانون‌گذار افشاء اسرار و رموز را ممنوع کرده برای افشاء آن تعیین مجازات کیفری نموده است. در ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی نیز مقرر شده است.... هر گاه در غیر از موارد قانونی اسرار مردم را افشاء کنند به سه ماه و یک روز تا یک سال حبس و یا به یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند). چنانکه قبلاً نوشته شد افشاء اسرار و اعمال مجازات به داوری نیز مربوط شود.

افشاء و اسرار دولتی که به مناسبت حل اختلاف به داور یا مجموعه سیستم داوری در موارد مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، سپرده می‌شود مجازات مخصوص به خود را دارد. اگر در اثر افشاء اسناد و مدارکی که به مناسبت داوری در اختیار داور یا سیستم داوری قرار

می‌گیرد، خسارتی به مجموعه نظام و امنیت عمومی وارد آید، مجازات خسارت وارده غیر از مجازات افشاء اسرار و تابع قواعد قانون مجازات اسلامی خواهد بود.

ب- مسئولیت مدنی

منبع قراردادی تعهد محرمانه، ضمانت اجراءهای نقض آن را معین می‌نماید. این ضمانت اجرا تحت رژیم مسئولیت مدنی قرار می‌گیرد. طرفی که به این تعهد احترام نگذارد، مسئولیت قراردادی خود را نقض می‌نماید و باید خسارت وارده بر طرف دیگر را که از افشاء محرمانه بودن داوری ناشی می‌شود، جبران نماید. ولی تصور جبران خسارت قراردادی در داوری مشکل است و معمولاً در قرارداد داوری برای افشاء آن تعیین خسارت نمی‌شود.

فرض مسئولیت مدنی خارج از قرارداد بیشتر قابل پذیرش است. اصل مسئولیت مدنی خارج از قرارداد اقتضاء دارد که هر گاه توسط درست اندرکاران داوری اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی که به نحوی در داوری دخالت دارند خسارتی به اطراف یا اشخاص ثالث وارد شود نسبت به جبران خسارت خارج از قرارداد مسئول باشند.

سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا دادگاه داوری صلاحیت رسیدگی به اختلاف و تعیین مجازات و میزان خسارت ناشی از نقض تعهد محرمانه بودن داوری توسط یک طرف علیه طرف دیگر را دارد؟

مسئولیت مدنی موضوع اختلاف و صلاحیت داور در داوری نامه مشخص می‌شود. داور نمی‌تواند خارج از موضوع اختلاف رای صادر کند. نقض محرمانه ماندن داوری و خسارات ناشی از آن معمولاً مربوط به مرحله‌ای بعد از انجام داوری است و نه مربوط به اجرای قراردادی که موضوع قرارداد داوری است و بنابراین در صلاحیت داور وارد نمی‌شود. ولی این امکان وجود دارد که در داوری نامه قید شده باشد که طرفین ملزم به محرمانه نگهداشتن رموز داوری برای مدت معین خواهند بود و در صورت افشاء مسئولیت مدنی خواهند داشت که احراز آن بر عهده داوران است.

اصولاً نقض تعهد محرمانه بودن داوری از جانب داوران یا نهاد داوری و تعیین خسارت آن در صلاحیت دادگاه داوری نیست.

نتیجه

چنانکه تشریح شد در خصوصی بودن داوری تردیدی نیست و از این نظر مشکل عملی پیش نمی‌آید. ولی مفهوم مطلق محرمانه نگهداشتن داوری وجود ندارد، بلکه این موضوع بر حسب وضعیت‌هایی که تحت شمول آن قرار می‌گیرد، متفاوت می‌شود. از لحظه‌ای که تعهد

محرمانه نگهداشتن با اراده طرفین انعطاف پذیر می‌شود، نسبت تعهد محرمانه نگهداشتن نباید تعجب آور باشد. طرفین در هر لحظه و در هر موقعیت می‌توانند، به عنوان مثال با پیوستن به نهاد داوری که در مقررات خود پیش بینی محرمانه بودن داوری را نموده است، داوری را افشاء نمایند.

محرمانه بودن مشاوره داوران برای اتخاذ تصمیم از جنبه قضائی داوری استنتاج می‌شود و از این جهت، وضعیتی خاص ندارد. در شرایط کنونی در ماهیت محرمانه داوری تردید وجود دارد و در هر وضعیت نیاز به نص قانونی یا تصریح در قرارداد است. گرایش عمومی در حقوق داوری بر توسعه خصوصی و محرمانه نگهداشتن داوری قابل مشهود است.

منابع و مأخذ

الف- فارسی

۱. خزاعی، حسین، (۱۳۸۶)، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد هفتم، داوری، نشر قانون.
۲. خزاعی، حسین، (۱۳۸۶)، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد ششم، مشارکت‌های تجاری نشر قانون.

ب- خارجی

۱- رویه قضائی

- 1-Ali Shipping corp. c/Shipyard Trogir (1999)1W.L.R.314;
- 2-Esso v.Plowman (1995).11Arbitration International (No 3) 283.
- 3-Esso Australia Resources Ltd v Plowman, Mason Cj stated.(1995)11Arbitration International (no 3).
- 4-Rouen ,16 avril 1986,Rev.arb, 1988,327.
- 5- Bordeaux, 14 janvier 1993,Rev.arb ,1993.682 ,Obs,D.Cohen.
- 6-High Court d' Australie. Rev.arb,1996.534.
- 7-11 Arbitration International (No 3).1995.
- 8-Paris ,25 mai 1990,Rev.arb,1990.892,note M.de Boisseson.
- 9-(Ojjeh) Paris ,18 fevrier 1986. Rev.arb,1986.583,note G.Flecheux.
- 10-(Nafimco).Paris ,22 janvier 2004,Rev arb,2004.646,note E.Loquin.
- 11-Methanex Corp v.United States of America.www.state.gov/s/l/c5818.htm.
- 12-United Parcel Service of America v Government of Canada
<http://www.state.gov/s/l/c3749.htm>.
- 13- (2002) ICSID Arbitration Case No Arb/02/3.

۲- دکترین

- 1-Yves Fortier **The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality** (1999) 15Arbitration International (no 2) 131-40.
- 2-Fabric Fages. **La confidentialite de l'arbitrage a l'epreuve de la tranceparence financiere**. Rev.arb.2000.
- 3-Report on Confidentiality as a purported Obligation of the parties in Arbitration. (April 2002).
- 4-Fouchard, Gaillard,Goldman. **Traite de l'arbitrage commercial international** ,Litec ,1996.
- 5-Derains Rev arb. 1998.639.
- 6-Jan Paulsson and Nigel Rawding **"The Trouble with Confidentiality"**(1995) Arbitration International 303.

- 7-M.E.Gaillard. **Le principe de confidentialite dans l'arbitrage commercial international.** D.1997,chr.
 8-Delvoe. **Vraies et fausses confidences ou les petits et grands secrets de l'arbitrage.** Rev. arb,1996.373.
 9-Loquin , Eric. **Les obligations de confidentialite dans l'arbitrage.**Rev. arb .2006.p323.
 10-Bredin, **Le secret du delibere Litec.**1991.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «روش‌های حمل کالا در تجارت بین‌المللی» سال ۱۳۷۲، شماره ۲۹. «روش‌های پرداخت ثمن در تجارت بین‌الملل» بهمن ۱۳۷۳، شماره ۳۳. «ترجمه مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی» سال ۱۳۷۳، شماره ۳۲. «ترجمه مقاله نظم حقوقی و نظریه منابع حقوق» سال ۱۳۷۲، شماره ۳۵. «شناسایی و اجرای احکام داوری بین‌المللی»، سال ۱۳۷۷، شماره ۳۹. «ساختار حقوقی و تعهدات ناشی از قرارداد دولت»، زمستان ۱۳۸۴، شماره ۷۰. «رأی داور در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی» سال ۱۳۸۶، شماره ۳. «یکی از خلاءهای حقوقی لایحه اصلاح قانون تجارت (حقوق تجارت بین‌المللی)» سال ۱۳۸۷، شماره ۱. «تفسیر یک رأی قصاص» سال ۱۳۸۷، شماره ۳. «تفسیر یک رأی ایرادات در اسناد تجاری» سال ۱۳۸۸، شماره ۱.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 پرتال جامع علوم انسانی