

نظام‌های تفتیشی و اتهامی در داوری تجاری بین‌المللی

محسن محبی*

شهاب جعفری ندوشن**

چکیده

در داوری تجاری بین‌المللی طرفین می‌توانند در مورد آیین رسیدگی داوری و قلمرو اختیارات و نقش داور در امور شکلی، از جمله «اداره ادله» توافق کنند. در صورتی که توافقی در این زمینه وجود نداشته باشد، مرجع داوری بر طبق قوانین ملی داوری یا قواعد داوری سازمانی یا موردی، معمولاً اختیارات وسیعی در تعیین جزئیات آیین رسیدگی و از جمله اتخاذ روش تفتیشی یا اتهامی دارد. اما این اختیارات وسیع بدین معنی نیست که داوران می‌توانند خودسرانه و بدون منطق مشخص، روش مورد نظر خود، اعم از تفتیشی یا اتهامی را اعمال کنند. برخلاف آنچه در بادی امر از ملاحظه اختیارات وسیع داوران به ذهن متبادر می‌شود، ماهیت و ویژگی‌های خاص داوری با اعمال روش اتهامی از سوی داور، تناسب بیشتری دارد و اتخاذ روش تفتیشی برای رسیدگی جنبه استثنایی دارد. در جزئیات آیین رسیدگی نیز، بسیاری از مراجع داوری از تلفیقی از روش‌های تفتیشی و اتهامی استفاده می‌کنند.

واژگان کلیدی

داوری تجاری بین‌المللی، نقش داور، نظام رسیدگی تفتیشی و اتهامی، آیین داوری، اداره ادله

* نویسنده مسئول، استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران

sd.mohebi@gmail.com

shjafari@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

مقدمه

در قرن ۱۸ رنه دکارت، اهمیت تفکیک بین فاعل شناسایی (سوژه) و موضوع شناخت (ابژه) را که اساس شناخت‌شناسی^۱ است، مطرح کرد و *امانوئل کانت* نیز در مباحث مربوط به «فاهمه»^۲ به آن پرداخته و تحت عنوان «نومن» و «فنومن» بحث کرده است. در کلام و فلسفه اسلامی نیز مباحث مربوط به «حقیقت شرعی» و وجود نفس‌الامری یا ذهنی و اعتباری حقایق، و نیز مباحث مربوط به الفاظ و دلالت آن بر معانی در اصول فقه، بیش و کم با همین مباحث، هم‌خانواده و هم‌زمینه است. شکاف بین عین و ذهن یا انطباق و عدم انطباق امر واقع با آنچه از واقع می‌شناسیم، همواره مورد بحث فلاسفه و حکما بوده است. اگر امکان شناخت و دستیابی به واقع، مفروض دانسته شود، سؤال این است که با چه ابزاری و چگونه می‌توان به واقع دست یافت. چهره دیگر همین مباحث، در نظریه‌پردازی‌های حقوقی درباره «ادله» نیز وجود دارد. از آنجاکه حقوق‌دانان بین امر ثبوتی و امر اثباتی، قائل به تفکیک می‌شوند این سؤال همواره مطرح است که سازوکار ارتباط دادرسی یا داور و اصحاب دعوا از حیث ادله اثبات ادعا و احراز حقی که واقعاً وجود دارد (امر ثبوتی) و شناسایی یا شناساندن این حق چیست؟ چگونگی علم‌پیدا کردن دادرسی به آنچه در واقع بین اصحاب دعوا اتفاق افتاده و زمینه نزاع را فراهم آورده، در ادله اثبات بررسی می‌شود.

صرف‌نظر از اینکه چه اموری دلیل محسوب می‌شود و آیا ادله باید منحصر به موارد خاصی شود یا نه، نظام‌های حقوقی در مدیریت ادله اثبات در امور مدنی به دو دسته تفتیشی و اتهامی^۳ تقسیم می‌شوند. دسته‌ای بر این اعتقادند که دستیابی به واقع در گرو ایفای نقش فعال دادرسی و تبعیت از روش تفتیشی در رسیدگی‌های مدنی است و دسته‌ای دیگر نیز کنکاش دادرسی، ورای اظهارات و استدلال‌های طرفین را خلاف بی‌طرفی دادگاه دانسته و روش اتهامی را تجویز می‌کنند. همانند بسیاری از مباحث اختلافی در نظام‌های حقوقی، به مرور زمان، مواضع طرفداران به یکدیگر نزدیک شده و امروزه، دادرسی در اغلب نظام‌های حقوقی به روش مختلط انجام می‌شود. در این میان، ظهور و گسترش داور تجاری بین‌المللی و ماهیت خاص آن باعث شده که در خصوص تفتیشی

1. Epistemology

2. Understanding

۳. دو اصطلاح «نظام تفتیشی» و «نظام اتهامی»، چنان‌که از نام آن‌ها برمی‌آید، در حوزه آیین دادرسی کیفری وضع شده است اما در رسیدگی‌های حقوقی موضوع قانون آیین دادرسی مدنی نیز به‌کار می‌رود. شمس، عبدالله؛ *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، شماره ۲۰۸، ص ۱۱۷. به کاربردن این تعابیر در داورها، از باب ضیق تعبیر است که اینک بعضی نویسندگان برای کاربرد این مفاهیم در داورها اصطلاح «داور فعال» و «داور منفعل» را پیشنهاد کرده‌اند. پوراستاد، مجید؛ *نقش دادرسی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت*، ص ۲۳، ص ۹۱. به نظر ما در رسیدگی‌های مدنی مانند داور، برای این دو مفهوم، اصطلاح نظام رسیدگی «قاضی‌محور» که در آن، قاضی (داور) نقش فعال و محوری در تحصیل دلیل برای کشف واقع ایفا می‌کند (نظام تفتیشی) و نظام رسیدگی «طرفین‌محور» که قاضی (داور) بر ارائه ادله توسط طرفین، نظارت دارد و نقش انفعالی دارد (نظام اتهامی) مناسب‌تر است.

یا اتهامی بودن جریان رسیدگی و به‌ویژه مدیریت دلیل در داوری، بحث‌ها هنوز زنده و در جریان باشد. موضوع اصلی این مقاله نیز بررسی همین نکته در داوری‌های تجاری بین‌المللی است. بستر شکل‌گیری و رشد نظام‌های تفتیشی و اتهامی، نظام‌های حقوقی ملی بوده است. بنابراین قسمت اول مقاله به تعریف و بیان ویژگی‌های نظام‌های تفتیشی و اتهامی با نظر به نظام‌های ملی می‌پردازد. در قسمت دوم، تفتیشی یا اتهامی بودن رسیدگی داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی و مؤلفه‌های تأثیرگذار بر شکل‌دهی به آیین داوری بررسی می‌شود تا روشن شود هر کدام در خصوص تفتیشی یا اتهامی بودن داوری چه چارچوبی وضع می‌کند. در نهایت در جهت تکمیل بحث، با توجه به مقتضیات داوری تجاری بین‌المللی و توقعات اصحاب دعوا از مراجعه به داوری، تحلیل دقیق‌تری از روش تفتیشی یا اتهامی در مدیریت ادله در داوری با لحاظ ملاحظات عملی ارائه می‌شود.

۱. معرفی نظام رسیدگی تفتیشی (قاضی‌محور) و رسیدگی اتهامی (طرفین‌محور)

۱-۱. تعریف نظام‌های تفتیشی و اتهامی و تعیین محدوده بحث

هرچند که نظام‌های آیین رسیدگی در دادگاه‌های ملی، ذیل دو عنوان کلی تفتیشی^۴ و اتهامی^۵ بررسی شده است،^۶ کثرت استعمال این دو اصطلاح در معانی متفاوت و متمایز - اما نوعاً مرتبط - باعث شده که ارائه تعریفی مشخص از آن‌ها که قابل تطبیق بر کاربردهای گوناگون آن باشد، دشوار شود تا جایی که برخی گفته‌اند که عناوین تفتیشی و اتهامی فاقد معنای کاملاً روشن و مشخص است.^۷ اما به نظر می‌رسد که صرف‌نظر از اختلافاتی که عمدتاً جنبه نظری دارد، ارائه تعریف در این زمینه ممکن و مطلوب باشد.

واژگان تفتیشی و اتهامی را می‌توان در مورد ابعاد و مراحل گوناگون نظام‌های حل‌وفصل دعاوی به کار برد، اما این دو واژه عمدتاً ناظر به نقش و اختیارات دادرس (یا داور) در جریان رسیدگی به اختلافات^۸ است و خصوصاً در بحث رسیدگی به ادله اثبات دعوا^۹ از آن دو استفاده می‌شود.^{۱۰} در گذر زمان، عملاً نظام‌های تفتیشی یا اتهامی محض، جای خود را به نظام‌های مختلط داده است اما برحسب اینکه وجه غالب هر نظام رسیدگی، اتهامی باشد یا تفتیشی به همین نام شناخته می‌شود.

4. Inquisitorial

5. Adversarial

6. Redfern, Alan, Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2004, p. 269.

7. Derains, Yves, Schwart, Eric A., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, 1998, p. 16.

8. Proceedings

9. Evidentiary Proceedings

10. Mistelis, Loukas. A., *Concise International Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, 2010, p. 546.

در نظام رسیدگی اتهامی، مرجع رسیدگی صرفاً ادله و اظهارات طرفین در اثبات مدعی خویش را می‌شنود و بین آن‌ها یکی را انتخاب می‌کند. به عبارت دیگر، محور اصلی رسیدگی، خود طرفین هستند و مرجع رسیدگی در مدیریت ادله، نقش منفعل دارد. در این نظام، دادرس یا داور، رأساً در پی تحقیق در مسائل موضوعی دعوا بر نمی‌آید^{۱۱} و رأساً در خصوص اثبات موضوع، نتیجه‌گیری نمی‌کند. علاوه بر این، در نظام اتهامی، دادرس یا داور، قاعداً استدلال‌ات و نتیجه‌گیری حکمی (قانونی) مخالف با آنچه طرفین ارائه داده‌اند، پیشنهاد یا اتخاذ نمی‌کند و تنها بین آن‌ها انتخاب می‌کند.^{۱۲} در نظام اتهامی، هر طرف این امکان را دارد که به مسائلی که طرف دیگر ارائه کرده، مستقیماً پاسخ دهد یا آن را مورد پرس‌وجو و آزمایش قرار دهد.^{۱۳} به‌طور خلاصه در این نظام، نقش مرجع رسیدگی، تنها انتخاب از میان نظرات یا استدلال‌ها یا ادعاهای متفاوت و متعارض طرفین است بدون اینکه خود پیشنهاد یا حکمی متفاوت از آنچه طرفین گفته‌اند، ارائه دهد.^{۱۴}

تمام آنچه مرجع رسیدگی به اختلاف در نظام اتهامی انجام نمی‌دهد، در نظام تفتیشی می‌تواند یا باید انجام دهد.^{۱۵} بنابراین در نظام تفتیشی، مرجع رسیدگی با کمک طرفین و وکلای آن‌ها خود رأساً در مسائل موضوعی و حکمی کنکاش کرده و نتیجه‌گیری می‌کند. به عبارت دیگر، در نظام تفتیشی، رسیدگی حول محور قاضی یا داور متمرکز است و قاضی یا داور در مدیریت ادله، نقش فعال دارد.^{۱۶}

تجزیه و تحلیل نظام‌های رسیدگی تفتیشی یا اتهامی، صرفاً بر اساس نقش فعال یا منفعل مرجع حل‌وفصل اختلاف در فرایند رسیدگی، خالی از اشکال نیست. اما چون در بین تفاوت‌های بین نظام‌های تفتیشی و اتهامی، تفاوت در نقش دادرس، مهم‌ترین تفاوت است،^{۱۷} در این نوشته تنها به نقش مرجع رسیدگی (قاضی یا داور) به‌عنوان مهم‌ترین وجه تمایز نظام‌های تفتیشی و اتهامی پرداخته شده و سایر تفاوت‌های نظام‌های تفتیشی و اتهامی بررسی نمی‌شود.

۱۱. غمامی، مجید و مجتبی اشراقی آرانی؛ «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی - تبیین نظریه عمومی»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹.

12. Hon, Rt., "Common Law and Civil Law Procedure: Which Is More Inquisitorial? A Common Lawyers Response", *Arbitration International*, vol. 5, 1989, p. 352.

13. Cross - Examination

14. Redfern, Alan, Hunter, Martin, *op. cit.*

15. Hon, Rt., *op. cit.*, Bernardini, Peiro, "The Role of International Arbitrator", *Arbitration International*, vol. 20, No. 2, 2004, p. 113.

16. Redfern, Alan, Hunter, Martin, *op. cit.*

۱۷. به‌عنوان نمونه، در نظام اتهامی، تمام شواهد و استدلال‌ها معمولاً در یک جلسه رسیدگی ارائه می‌شود و تمایلی به تکمیل تدریجی ادله و پرونده، تحت نظارت دادگاه وجود ندارد. نظام‌های اتهامی عمدتاً شفاهی است (هرچند تمایل به سوی کتبی‌شدن، رفته‌رفته در جریان است) و نظام‌های تفتیشی مبتنی بر مکتوبات است. ن.ک:

Mustill, Michael J., Boyed, Stewart C., *Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Butterworths, London, 1989, pp. 16-17.

برخی از نویسندگان در تفکیک نظام تفتیشی از نظام اتهامی معتقدند که دادرسی تفتیشی، بر اساس آزادی ادله است و از این رو ادله بر اساس قناعت وجدان دادرس، ارزش اثباتی می‌یابد، در حالی که در نظام دادرسی اتهامی، دادرس منفعل است و ارزش دلیل، بنا بر قناعت وجدان قانونگذار و بر اساس غلبه، از پیش تعیین می‌شود.^{۱۸} البته در این نوشته، به تبع ادبیات مرسوم در این حوزه، منظور از نقش مرجع حل اختلاف در رسیدگی و مدیریت ادله، صرفاً مطلوبیت یا عدم مطلوبیت ابتکار عمل مرجع رسیدگی (قاضی یا داور)، در جستجو یا تکمیل ادله است و نقش وی در ارزیابی دلیل، (دلالت دلیل در امور حکمی) مورد نظر نیست.

نظام رسیدگی تفتیشی و اتهامی، چگونگی و روش مرجع رسیدگی در برخورد با مسائل موضوعی و مسائل حکمی یا هر دو را نیز تعیین می‌کند. اما اگر همان طور که پیش‌تر بیان شده، دایره بحث، محدود به ادله اثبات شود، از آنجا که ادله اثبات، اصولاً ناظر به اثبات موضوع^{۱۹} است،^{۲۰} می‌توان در جهت تحدید بیشتر موضوع، دایره بحث در روش‌های اتهامی یا تفتیشی را تنها محدود به نقش مرجع رسیدگی در مسائل موضوعی دانست.^{۲۱} در این نوشتار نیز موضوع بحث، عمدتاً ناظر به نقش مرجع رسیدگی در تعیین و اثبات امر موضوعی است: آیا دادرس یا داور در اثبات و احراز موضوع، صرفاً از میان اظهارات طرفین انتخاب می‌کند یا می‌تواند رأساً بررسی کرده و به نتیجه‌ای متفاوت از اظهارات طرفین برسد؟^{۲۲} برای تفکیک مسائل حکمی از مسائل موضوعی، ملاک‌ها و معیارهای گوناگونی پیشنهاد شده است.^{۲۳} در تعریف امر موضوعی، به‌طور کلی به‌طور ساده می‌توان گفت که هر گزاره‌ای که محتوای آن در مورد یک امر عینی و خارجی یا یک واقعه اطلاع و اخبار بدهد، ناظر به امر موضوعی^{۲۴} است به شرط آنکه بررسی محتوای آن، مستلزم ملاحظه و رجوع به قانون نباشد^{۲۵} و در مقابل، امر حکمی آن است که ناظر بر اعمال قانون یا تفسیر قانون^{۲۶} باشد.^{۲۷}

۱۸. کریمی، عباس، رحیم مختاری و ابراهیم تقی‌زاده: «مطالعه تطبیقی اثر ارزیابی ادله مدنی بر دادرسی در فقه و حقوق موضوعه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۷، زمستان ۱۳۹۱، ص ۱۴۸.

19. Facts

۲۰. دلیل، می‌تواند هم به معنای دلیل موضوعی باشد و هم دلیل حکمی؛ اما در معنای موضوعی کاربرد بیشتری دارد:

Landolt, Phillip, "Arbitrator's Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence", *Arbitration International*, vol. 28, No. 2, 2012, p. 176.

21. Gibson, Geoffrey, "The Arbitrator's Companion", *The Federation Press*, Sydney, 2001, p. 159.

۲۲. در نظام‌های تفتیشی، حق و تکلیف اصحاب دعوا در اثبات موضوع، قاعدتاً وجود دارد و اختیارات یا نقش دادرس در اثبات و احراز موضوع، علاوه بر تکلیف اصحاب دعوا است.

۲۳. غمامی و اشراقی آرنانی؛ همان، صص ۲۸۶-۲۹۱ و ۲۷۵-۲۹۴.

24. Matter of fact

۲۵. پیشین، ص ۲۸۰.

26. Matter of law

27. Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, Eighth Edition, Thomson, New York, 2004, p. 1281.

بررسی نقش فعال یا منفعل داور و طرفین در امور حکمی (اعمال قانون) موضوع بحث ما نیست چرا که اولاً، حجم زیادی از ادبیات حقوقی به بررسی نقش داور در مسائل حکمی یا قانونی اختصاص یافته است در صورتی که همین بحث در امور موضوعی نسبتاً مغفول مانده است. ثانیاً، بر اساس اصل نسبتاً پذیرفته‌شده «دادگاه (داور) قانون را می‌داند»^{۲۸} می‌توان گفت داور، محدود و مأخوذ به استدلال‌های طرفین در استنتاجات قانونی نیست.^{۲۹}

۲-۱. مقایسه نظام‌های تفتیشی و اتهامی: مزایا و معایب

یکی از بزرگ‌ترین مزایای نظام اتهامی، تأمین و تضمین بی‌طرفی مرجع رسیدگی است.^{۳۰} هرچند مرجع رسیدگی با رأی خود، یکی از طرفین (محکوم‌علیه) را در نهایت ناخشنود خواهد کرد و محکوم‌علیه، معمولاً مرجع رسیدگی را به خروج از بی‌طرفی یا عدم رعایت عدالت متهم می‌کند، اما تا قبل از صدور رأی، بی‌طرفی مرجع رسیدگی مایه خشنودی طرفین و اجرای بهتر عدالت خواهد بود. از مزایای دیگر نظام اتهامی این است که در اثر حضور فعال‌تر طرفین و وکلای آن‌ها، نظام رسیدگی کارآمدتر و پویاتر خواهد بود چرا که جریان دادرسی به ذی‌نفع‌های واقعی اختلاف سپرده می‌شود که انگیزه بیشتری برای بهینه‌سازی روند رسیدگی دارند.^{۳۱} افزون بر این، چون در نظام اتهامی، صرف وقت و توان کمتری از طرف نظام دادرسی دولتی لازم است، هزینه نظام قضایی برای دولت پایین‌تر است.^{۳۲}

اما بزرگ‌ترین مشکل نظام اتهامی این است که ممکن است عدالتی که در گرو کشف واقع است، قربانی بی‌طرفی قاضی در امر ادله شود. در این نظام، دادرس رأساً مجاز به کنکاش درباره واقع امر و جمع‌آوری ادله نیست و دایره اظهارنظر و استنتاج وی، تنها محدود به اظهارات طرفین دعواست. ممکن است یک طرف دعوا علی‌رغم اینکه در واقع محق است به علت ضعف ادله و اظهاراتش، محکوم به بی‌حقی شود و در این حالت، دادرس نیز راهی برای عیان کردن واقعیت امر و حکم به نفع طرفی که واقعاً محق است، ندارد.

28. *Iura novit curia*

29. International Law Association Recommendations on Ascertainning the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, Resolution No. 6/2008, Para 7. Available at: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>> Last seen on May 17, 2014.

۳۰. به‌طور معمول، قاعده‌ای که به‌عنوان «منع تحصیل دلیل توسط قاضی» در حقوق ایران بحث می‌شود مبتنی بر همین اصل بی‌طرفی دادگاه است. برای دیدن سیر تحول قاعده «منع تحصیل دلیل» و اعتبار آن در نظام حقوقی فعلی ایران و ارتباط این قاعده با قاعده «منع تلقین دلیل»، ن.ک: مجید پوراستاد؛ «پیدایش و چالش قاعده منع تحصیل دلیل»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹، صص ۹۹-۱۱۹.

31. Hon, Rt., *op. cit.*, pp. 352-353.

32. Raymond, Claude, "Civil Law and Common Law Procedures: Which Is More International? A Civil Lawyer Response", *Arbitration International*, vol. 5, 1989, p. 367.

مشکل دیگر نظام‌های اتهامی این است که در بسیاری از موارد، قضات و داوران در مقایسه با طرفین و وکلای آن‌ها نسبت به روند رسیدگی و حل اختلاف، مهارت و اشراف بیشتری دارند و محدود کردن اختیارات ایشان به نفع طرفین دعوا، ممکن است باعث اطاله رسیدگی و اتلاف زمان و هزینه شود.^{۳۳} اگر قرار است مرجع رسیدگی‌کننده در نهایت از میان گفتار و ادله طرفین، آنچه مؤثر در احراز موضوع و اجرای عدالت است انتخاب کند، اجازه بی‌حد و حصر به طرفین برای ارائه دلایلی که در نظر قاضی یا داور، اساساً سودمند نیست یا سودمندی کمی دارد، اتلاف وقت و هزینه و گاه کمک به بی‌عدالتی است.

از آنچه به‌عنوان مزایا و معایب نظام اتهامی بیان شد می‌توان مزایا و معایب نظام تفتیشی را نیز دریافت.^{۳۴}

۱-۳. نقش قاضی در نظام کامن‌لا و حقوق نوشته

الف. نقش قاضی در نظام حقوقی کامن‌لا

همان‌طور که بیان شد، آیین رسیدگی در دادگاه‌های ملی، ذیل دو عنوان کلی تفتیشی و اتهامی تقسیم شده است. نظام اتهامی عمدتاً در انگلستان، ایالات متحده آمریکا، کشورهای مشترک‌المنافع^{۳۵} و کشورهای اسکاندیناوی اعمال می‌شود.^{۳۶} از آنجا که ریشه نظام حقوقی اکثر این کشورها حقوق انگلستان است، مناسب است که نظام اتهامی حقوق انگلستان، مختصراً بررسی شود. پرسش این است که آیا نظام قضایی دادگاهی انگلستان در رسیدگی به دعاوی مدنی، همان‌طور که مشهور است، واقعاً اتهامی است یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال، نظرات متفاوتی وجود دارد: عده‌ای معتقدند نظام قضایی دادگاهی در انگلستان، مطلقاً اتهامی است^{۳۷} و از طرف دیگر، نظراتی وجود دارد که این نظام، چه در مسائل موضوعی و چه در مسائل حکمی، تفتیشی است؛ در اثبات موضوع، نقش دادگاه تفتیشی است چون دادگاه کامن‌لا در پی دانستن کل موضوع و کشف حقیقت است و خود را محدود به اظهارات طرفین نمی‌کند^{۳۸} و در مسائل حکمی نیز، قاضی انگلیسی محدود به این نیست که بین

33. Hon, Rt., *op. cit.*

34. جهت مطالعه بیشتر، ن.ک:

Hurter, Estelle, "Seeking Truth or Seeking Justice: Reflections on the Changing Face of the Adversarial Process in Civil Litigation", *Journal of South African Law*, vol. 2007, Issue 2, 2007, pp. 240-262.

35. Common wealth

36. Redfern, Alan, Hunter, Martin, *op. cit.*

37. Tweedale, Andrew, Tweedale, Keren, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 658; Hon, Rt., *op. cit.*, p. 352.

38. Raymond, Claude, *op. cit.*, p. 365.

استدلالات طرفین، یکی را انتخاب کند بلکه ممکن است خودش راه‌حل جدیدی ارائه دهد.^{۳۹} به نظر می‌رسد این اظهارنظرهای متفاوت و بعضاً متناقض درباره ماهیت نظام حقوقی انگلستان، ناشی از تحول و تغییر این نظام در پاسخ به نیازهای قضایی در طول زمان است. برای حل مشکلات نظام اتهامی، نظام حقوقی انگلستان به‌مرور از نظام اتهامی محض فاصله گرفته است. مثلاً اکنون برخلاف گذشته، قاضی می‌تواند سؤالات خود را از شاهد بپرسد هرچند که ترجیح در این است که اجازه دهد شاهد خودش آنچه را می‌داند بگوید و سؤالات قاضی، تنها محدود به رفع ابهام و ادای توضیحات برای روشن‌تر شدن آنچه شاهد خود گفته است، باشد.^{۴۰} به‌صورت سنتی، از تفاوت‌های اساسی در بحث شهادت در نظام‌های تفتیشی و اتهامی این بوده است که در نظام‌های اتهامی، طرفین هستند که با سؤال از شاهد، درستی گفتار او را می‌آزمایند ولی در نظام تفتیشی، نقش طرفین دعوا و وکلای آن‌ها صرفاً پیشنهاد سؤال موردنظر به قاضی است که از شاهد پرسیده شود.^{۴۱} در مباحث دیگر، غیر از شهادت نیز نوعی از مداخله قاضی در روند ارائه و بررسی ادله - که می‌توان آن را مدیریت ادله دانست - در انگلستان به رسمیت شناخته شده است.^{۴۲} به‌هرحال، این تغییر یا تعدیل نظام حقوقی رسیدگی در انگلستان در جهت تعادل بین دو نظام اتهامی و تفتیشی، در سایر کشورهای کامن‌لا نیز دیده می‌شود.^{۴۳}

ب. نقش قاضی در کشورهای حقوق نوشته

در بررسی نقش قاضی در کشورهای حقوق نوشته، اولین مشکل این است که برخلاف کشورهای دارای نظام حقوقی کامن‌لا که ریشه همه آن‌ها به‌نوعی حقوق انگلستان است، در کشورهای دارای نظام حقوق نوشته، چنین ریشه مشترکی وجود ندارد و عملاً مفهومی به نام آیین دادرسی نظام حقوقی نوشته که حداقل، کلیات آن قابل تطبیق بر تمام کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته باشد، دیده نمی‌شود.^{۴۴} هرچند حقوق‌دانان کامن‌لا نقش قاضی را در کشورهای حقوق نوشته به‌عنوان «قاضی

39. *Decision of the House of Lords in President of India v. Lips Maritime Corporation* [1988] A.C.395.

40. Hon. Rt., *op. cit.*, pp. 353-354.

41. Raymond, Claude, *op. cit.*, pp 364-365; Elsing, Siegfried H., Townsend, John M., "Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration", *Arbitration International*, vol. 18, No. 1, 2002, p. 62.

در حقوق ایران، ماده ۲۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی در بحث گواهی، از نظام تفتیشی پیروی کرده است و ماده ۲۳۹ همان قانون برای حفظ بی‌طرفی دادرسی در گواهی، رنگ‌وبوی نظام اتهامی دارد. اینکه دادرسی می‌تواند رأساً گواهان را احضار کند (ماده ۲۴۲ قانون مذکور) نشان‌دهنده این است که قانون در بحث گواهی، بیشتر به نظام تفتیشی متمایل است.

42. Section 1 of Part 32 of The Civil Procedure Rules (CPR) of the United Kingdom, 1999 and Later Updates, Available at: <<<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>> Last seen on May 18, 2014.

43. In Australia, see Gibson, Geoffrey, *op. cit.*, p. 159.

44. Raymond, Claude, *op. cit.*, pp. 358-359.

فعال»، گاه به صورت مبالغه‌آمیز و بیش از اندازه پررنگ جلوه می‌دهند،^{۴۵} واقعیت این است که این نقش فعال وجود دارد، کما اینکه در اکثر کشورهایی که از نظام حقوق نوشته پیروی می‌کنند، نقش فعال قاضی در رسیدگی و اداره ادله به درجات مختلف و نوعاً بیش از کشورهای کامن‌لا، قابل مشاهده است. مثلاً مواد ۱۰ و ۱۴۳ و ۱۴۴ از آیین دادرسی مدنی فرانسه، صراحتاً به اختیار و نقش فعال قاضی برای دستور تکمیل تحقیقات، اشاره دارد.^{۴۶} این نقش و اختیار قاضی در آیین دادرسی کشورهای کامن‌لا مورد قبول نیست.^{۴۷} مثال دیگر در بحث ارجاع امر به کارشناسی است. در نظام حقوقی نوشته، تعیین کارشناس با دادگاه است و انجام وظیفه کارشناس نیز باید تحت نظر دادگاه باشد، در صورتی که در نظام کامن‌لا، طرفین دعوا کارشناس مورد نظر خود را انتخاب می‌کنند و در مدیریت بر روند کارشناسی نیز نقش بیشتری دارند.^{۴۸} برخی از نویسندگان معتقدند که با توجه به مجموعه مقررات قانونی مختلف در حقوق فرانسه، دادگاه تنها در محدوده داده‌های طرفین دعوا و جهت روشن‌ساختن مستندات طرفین می‌تواند به اقدامات تحقیقی دست یازد و برای تحقیق در امر جدیدی که مورد نظر هیچ‌کدام از اصحاب دعوا نبوده است، مجوزی ندارد. این نظر در تفسیر ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز مطرح می‌شود.^{۴۹}

در نظام حقوقی ایران، قاضی دادگاه می‌تواند رأساً یا به درخواست طرفین، قرار ارجاع امر به کارشناسی را صادر کند (ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی) و نیز قاضی و نه طرفین دعوا، شخص کارشناس را معین می‌نماید (ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی) مگر اینکه طرفین بر شخص واحدی به‌عنوان کارشناس، اتفاق نظر داشته باشند (ماده ۲۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی). انجام وظیفه کارشناسی کاملاً تحت نظر دادگاه است و هرگاه قاضی گزارش کارشناس را ناقص تشخیص دهد می‌تواند قرار تکمیل آن را صادر کند (ماده ۲۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی). بدین ترتیب در نظام حقوقی ایران، نقش قاضی در ارجاع امر به کارشناسی و امور مربوط به آن، کاملاً فعال است.

به‌هرحال، در اکثر کشورهای حقوق نوشته، اثبات موضوع، وظیفه مشترک قاضی و طرفین - البته با درجات مختلف در تقسیم این وظیفه - است.^{۵۰}

به‌هرروی، در هر دو نظام تفتیشی و اتهامی در مقطعی از روند رسیدگی، دادرسی دادگاه،

45. Saleh, Samir, A., "Reflections on Admissibility of Evidence: Interrelation between Domestic Law and International Arbitration", *Arbitration International*, vol. 15, Number 2, 1999, pp. 144-145.

46. برگرفته از ترجمه انگلیسی از:

http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/version/3/file/Code_39.pdf, Last visited on 10 June 2012.

47. Saleh, Samir A., *op. cit.*, p. 146.

48. Reymond, Claude, *op. cit.*, p. 363; Elsing, Siegfried H., Townsend, John M., *op. cit.*, pp. 63-64.

49. غمامی، مجید و سیدمحمد آذین؛ «نقش متقابل دادرسی و اصحاب دعوا در اثبات و ارزیابی امور موضوعی در دادرسی مدنی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۸، صص ۲۷۱ و ۲۷۵.

50. Landolt, Phillip, *op. cit.*, pp. 177-178.

کنترل امور را از طرفین گرفته و خود به دست می‌گیرد. این انتقال کنترل در نظام حقوقی نوشته، زودتر از نظام حقوقی کامن‌لا اتفاق می‌افتد.^{۵۱}

در حقوق ایران، به نظر می‌رسد که طبق ماده ۱۹۹ از قانون آیین دادرسی مدنی، قاعده کلی در اثبات جنبه‌های موضوعی ادعا، تبعیت از نظام تفتیشی است و نمونه‌ای از پذیرش نقش فعال دادرسی - البته در کنار حق و تکلیف طرفین دعوا در اثبات موضوع - است. مصادیقی از این قاعده کلی در بحث گواهی و نیز کارشناسی بیان شد. در سایر امور نیز دادگاه می‌تواند رأساً و بدون درخواست قبلی احد طرفین، قرار معاینه و تحقیق محلی صادر کند (مواد ۲۴۸ و ۲۴۹ قانون آ.د.م.). استثنای مهم این قاعده - یعنی نقش فعال دادرسی در اثبات موضوع - در اسناد است که درخواست ابراز سند، صرفاً توسط طرفین دعوا باید انجام شود و نه دادرسی (مواد ۲۰۹، ۲۱۰ و ۲۱۲ قانون مذکور).

نظر دیگر در ماهیت تفتیشی یا اتهامی نظام دادرسی مدنی ایران این است که با وجود ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی، کماکان جهت‌گیری دادرسی مدنی، نظام اتهامی است و اصحاب دعوا نقش اصلی را در جریان رسیدگی و ادله اثبات ایفا می‌کنند. به هر حال، به علت فقدان احکام روشن قانونی در اجرای دقیق حکم ماده ۱۹۹، احتیاط و تدبیر ایجاب می‌کند که از دادن تیغ برای کسب دلیل به دادرسی که خود را مقید به قانون محدودکننده‌ای نمی‌داند، اجتناب شود.^{۵۲}

۲. نقش فعال یا منفعل داور در جریان رسیدگی و اداره ادله

۲-۱. تحلیل عوامل مؤثر در نقش داور

در نظام‌های گوناگون، حقوق داخلی کشورها، نقش قاضی و میزان مداخله او در روند دادرسی متفاوت است. همان طور که برای بررسی نقش فعال یا منفعل قاضی، ناگزیر باید موضوع را در داخل هر نظام حقوقی مشخص بررسی کرد، برای بررسی نقش داور از حیث فعال و منفعل بودن وی در جریان رسیدگی نیز باید موضوع را در پرتو نظام حقوقی حاکم بر داوری جستجو و بررسی کرد.

وقتی سخن از «قانون حاکم» بر داوری است ممکن است یک یا چند معنا از معانی زیر موردنظر باشد:^{۵۳} ۱- قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری، از جمله قانون حاکم بر اهلیت طرفین ۲- قانون حاکم بر دیوان داوری^{۵۴} ۳- قانون حاکم بر جریان داوری یا قانون شکلی حاکم^{۵۵} ۴- قانون حاکم بر ماهیت دعوا^{۵۶} ۵- قانون حاکم بر قواعد حل تعارض.

51. *Ibid*, pp. 365-367.

52. غمامی و آذین؛ همان، صص ۲۸۰ و ۲۸۱.

53. Heiskanen, Veijo, "Forbidding Depechage: Law Governing Investment Treaty Arbitration", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32, Issue 2, 2008-2009, p. 375.

54. *Lex arbitri* or Curial Law

55. The Law Governing Arbitral Proceedings/ Procedural Law

56. Substantive Law

از میان موارد فوق، تنها قانون حاکم بر دیوان داوری و قانون حاکم بر جریان رسیدگی داوری (قانون شکلی) با اختیارات و نقش داور مرتبط است.^{۵۷} قانون حاکم بر جریان داوری، مسائل شکلی داوری مانند تبادل لوایح، استماع شهود، تشکیل جلسات رسیدگی، جمع‌آوری و سنجش ادله و بالاخره صدور رأی را مشخص می‌کند. قانون حاکم بر دیوان داوری عام‌تر است و شامل مسائلی فراتر از روند رسیدگی است و ناظر به موضوعاتی از قبیل مشروعیت جریان داوری و تعامل دادگاه‌ها با دیوان داوری نیز می‌شود. برای تعیین نقش داور در رسیدگی به اختلافات، «قانون حاکم بر دیوان داوری» و به‌طور خاص، «قانون شکلی حاکم بر جریان رسیدگی داوری» باید بررسی شود. برای تحلیل عوامل مؤثر بر این نوع قانون حاکم (که می‌توان آن‌ها را قانون حاکم بر شکل یا آیین داوری نیز نامید) سه عامل باید بررسی شود: توافق طرفین، قوانین ملی، مقررات و قواعد داوری سازمانی یا موردی.

الف. توافق طرفین

هم رویه دیوان‌های داوری،^{۵۸} هم معاهدات بین‌المللی^{۵۹} و هم قوانین ملی اهمیت فراوانی برای «اصل آزادی طرفین» در انتخاب قانون حاکم بر داوری (شکل داوری و ماهیت آن) قائل هستند.^{۶۰} قاعدتاً توافق طرفین در تعیین قانون حاکم بر داوری، تنها زمانی بی‌اعتبار قلمداد می‌شود که مخالف حقوق اشخاص ثالث یا جامعه باشد.^{۶۱} این نکته معمولاً در مقررات امری

۵۷. هرچند قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری در تشخیص نقش فعال یا منفعل داور، اهمیت چندانی ندارد، در تشخیص اعتبار موافقت‌نامه یا شرط داوری و در تعیین صلاحیت دیوان داوری بسیار حائز اهمیت است. در نبود توافق صریح طرفین در تعیین قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری، مرجع حل اختلاف، ممکن است قانون حاکم بر قرارداد اصلی را - که شرط داوری، جزئی از آن است - به‌عنوان قانون حاکم بر شرط داوری نیز در نظر بگیرد. از آنجاکه بر اساس اصل پذیرفته‌شده بین‌المللی، شرط داوری، مستقل از قرارداد اصلی است، برخی از آرای جدید داوری، قانون مقر داوری منتخب طرفین - و نه قانون حاکم بر قرارداد اصلی - را قانون حاکم بر شرط داوری می‌دانند:

Pearson, Sabrina, "Sulamerica v. Ensea, the Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement", *Arbitration International*, vol. 29, Number 1, 2013, pp. 115-126.

۵۸. دیوان‌های داوری در استناد به اصل آزادی اراده طرفین در تعیین قانون حاکم، به قانون ملی خاصی اشاره نکرده و آن را اصل کلی حقوقی مسلم و جهانی می‌دانند. برای نمونه، ن.ک:

ICC Case No. 1512 of 1971 available at: S. Jarvin and Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards: 1974-1985*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1990, pp. 3-5.

۵۹. Chukwumerije, Okezie, "Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration", *Anglo-American Law Review*, vol. 23, Issue 3, 1994, p. 267.

تقریباً در تمامی معاهدات در خصوص داوری و حقوق قراردادهای توافق طرفین به‌عنوان عاملی مهم در تعیین قانون حاکم اشاره شده است. به‌عنوان نمونه، ن.ک: قسمت چهارم از فقره اول از ماده ۵ کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (۱۹۵۸).

۶۰. Barraclough, Andrew, Waincymer, Jeff, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6, Issue 2, 2005, p. 216.

۶۱. Renner, Moritz, "Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?", *Journal of International Arbitration*, vol. 26, Issue 4, 2009, p. 533.

قوانین ملی ناظر بر داوری منعکس می‌شود که در ادامه بدان پرداخته می‌شود. برحسب اینکه ماهیت داوری، مبتنی بر تراضی^{۶۲} یا صلاحیت و حاکمیت دولت‌ها^{۶۳} یا ترکیبی از این دو^{۶۴} دانسته شود، قلمرو تأثیر اراده طرفین در انتخاب قوانین حاکم بر داوری متفاوت خواهد بود. با این همه، ماهیت داوری هرچه باشد، در سال‌های اخیر، نظریه حاکمیت اراده طرفین و نظریه اقتدار و حاکمیت دولت به‌عنوان مؤلفه‌های اصلی شکل‌دهی به نظام داوری به هم نزدیک شده‌اند. در بیست-سی سال اخیر، دولت‌های زیادی قوانین خاصی درباره داوری تجاری بین‌المللی تصویب کرده‌اند. وجه تشابه این قوانین این است که آزادی طرفین در توافق بر قانون حاکم بر ماهیت و شکل داوری را - البته در صورت عدم مخالفت با مقررات آمره قوانین ملی - به رسمیت شناخته‌اند. علت این واقعیت را باید در تمایل کشورها به تبدیل شدن به مرکزی برای حل اختلافات تجاری بین‌المللی دانست. طرفین موافقت‌نامه داوری، معمولاً محل داوری را در کشوری تعیین می‌کنند که نظام حقوقی آن نسبت به داوری، انعطاف و بی‌طرفی بیشتری داشته باشد و چه بسا این قانون، کمترین ارتباط را با دعوای مطروحه داشته باشد.^{۶۵} نادیده گرفتن حق طرفین در انتخاب قانون حاکم، محبوبیت کشور مقرر^{۶۶} را برای دیوان‌های داوری و تجار کاهش می‌دهد و این امر، طبعاً در جهت منافع اقتصادی کشورهای ذی‌ربط در مراودات بازرگانی نیست.^{۶۷}

به‌عنوان نمونه، بر اساس بندهای اول و دوم از ماده ۳۴ قانون داوری انگلستان، دیوان داوری که مقرر آن در انگلستان است می‌تواند در خصوص تمامی مسائل مربوط به آیین رسیدگی و ادله

62. Contractual Theory

63. Jurisdictional Theory

64. Hybrid Theory

۶۵. یکی از مهم‌ترین ملاحظات آنکه طرفین توافق داوری در انتخاب درست مقرر داوری باید مراعات کنند همین مسئله است: Hwang, Michael, Lee Cheng, Fong, "Relevant Consideration in Choosing the Place of Arbitration", *Asian International Arbitration Journal*, vol. 4, No. 2, pp. 207-210.

۶۶. انتخاب کشور مقرر داوری، آثار حقوقی فراوانی به دنبال دارد اما مقرر داوری (Seat or Place of Arbitration) با مکان فیزیکی داوری یا محل برگزاری جلسات استماع (Place or Venue of Hearing) متفاوت است. بنا بر رویه و نظر اغلب دیوان‌های داوری، طرفین و داوران می‌توانند توافق کنند در صورت لزوم و عمدتاً برای سهولت رفت و آمد یا ضرورت معاینه موضوع دعوا، جلسات داوری در محل دیگری غیر از «مقرر داوری» تشکیل شود، بدون اینکه تأثیری بر الزامات قانونی و حقوقی قانون «مقرر داوری» داشته باشد. ن.ک:

Sabater, Anibal, "When Arbitration Begins without a Seat", *Journal of International Arbitration*, vol. 27, Issue 4, 2010, p. 443.

۶۷. در واقع، کشورها زمانی می‌توانند حداکثر آزادی را برای طرفین در انتخاب قانون حاکم بر داوری قایل شوند که کمترین ارتباط یا کمترین منافع را با دعوای موردنظر داشته باشند. زمانی که مقرر داوری صرفاً به علت بی‌طرفی آن توسط طرفین انتخاب می‌شود (که اکثر موارد چنین است) توافق طرفین در تعیین روند داوری اهمیت فوق‌العاده‌ای پیدا می‌کند. حتی برخی از کشورها گاه به طرفین اجازه می‌دهند که برخلاف آن دسته از مقررات قانون مقرر که آمره است نیز توافق کنند:

Belgian Judicial Code, 2013, Article 1717; Danilowicz, Vitek, "Choice of Applicable Law in International Arbitration", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 9, Issue 2, Winter 1986, pp. 244-260.

اثباتی از جمله اینکه آیا اساساً می‌بایست ابتکار عمل را در بررسی‌های مربوط به اثبات موضوع و حکم را در دست بگیرد یا نه و اگر قرار است این کار را بکند، قلمرو اختیار مرجع داوری چیست و تا چه اندازه مجاز به آن است، تصمیم‌گیری کند. البته اگر در این موارد، طرفین اختلاف، توافقی کرده باشند، دیوان داوری باید این توافق را محترم بشمارد و بر اساس آن عمل کند.

همگام با قوانین داوری تجاری بین‌المللی مترقی و پیشرفته، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت و شکل داوری را به رسمیت شناخته است.^{۶۸} در قواعد کمیسیون داوری چین،^{۶۹} هنگ‌کنگ^{۷۰} و سنگاپور^{۷۱} نیز مقرر شده است که توافق طرفین بر روش رسیدگی و مدیریت ادله و از آن جمله، اختیار داوران در جریان رسیدگی معتبر است و تنها در صورت نبود این توافق است که دیوان داوری در اتخاذ روش رسیدگی به صلاحدید خود، آزاد است.

علی‌رغم اولویت توافق طرفین بر سایر عوامل در تعیین قانون حاکم بر شکل داوری، طرفین موافقت‌نامه داوری، غالباً در خصوص مقررات شکلی حاکم بر داوری توافق خاصی انجام نمی‌دهند و شروط و قراردادهای داوری معمولاً مختصرتر از آن است که بتوان مطالبی همچون توافق بر چگونگی ایفای نقش داور را در آن یافت.

ب. قوانین ملی

منظور از قانون ملی و تأثیر آن در آیین داوری، هم شامل قوانین ملی درباره آیین رسیدگی مدنی در دادگاه‌ها می‌شود و هم قانون خاصی که صرفاً برای داوری تصویب شده است. در معنای اول، اگرچه دیوان‌های داوری، قاعدتاً ملزم به رعایت قوانین آیین دادرسی دادگاه‌های ملی نیستند^{۷۲} (مگر در صورت توافق طرفین بر این امر)، بسته به میزان آشنایی یا علاقه داوران به قوانین کشور محل تحصیل یا فعالیت حرفه‌ای خود، معمولاً تحت تأثیر قوانین ملی، مبادرت به اداره روند داوری و صدور رأی می‌کنند. در این معنا، نقش قانون ملی در اداره داوری از سوی داوران، غیرمستقیم است.^{۷۳}

۶۸. بند ۱ ماده ۲۷ درمورد اصل آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم است و بند ۱ ماده ۱۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران درمورد آزادی طرفین در انتخاب مقررات شکلی حاکم بر داوری است.

69. Part 3 of Article 33 of China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC Arbitration Rules, 2012.

70. Part 7 of Section 56 of Hong Kong Arbitration Ordinance, 2011.

71. Part 3 of Article 12 of Singapore International Arbitration Act, 1994.

72. Lew, Jullian D. M., Mistelis, Loukas, A. Krol, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. 534.

و نیز به‌عنوان نمونه، ن.ک: ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ایران، مصوب ۱۳۷۹.

73. Megens, Peter, Starr, Paul, Chow, Peter, "Compulsion of Evidence in an International Commercial Arbitration: An Asia Pacific Perspective, *Asian International Arbitration Journal*, vol. 2, No. 1, 2006, p. 35.

در توضیح معنای دوم از قانون ملی، همان طور که اشاره شد، بسیاری از کشورها برای داوری بین‌المللی، قانون مخصوص تصویب کرده‌اند که ناظر بر روند جریان داوری‌هایی است که در سرزمین آن کشور انجام می‌شود یا طرفین، احیاناً بر حکومت آن بر جریان داوری حتی در خارج از سرزمین، تراضی کرده‌اند. منظور از تأثیر قانون ملی در آیین شکلی داوری، همین قانون خاص مقر داوری است. میزان تأثیر قوانین داوری کشور مقر داوری، در امور شکلی داوری، مورد بحث نظریه‌پردازان حقوقی بوده و هست و کانون بحث‌ها حول امکان یا مطلوبیت داوری غیرملی یا غیروابسته به قوانین ملی^{۷۴} نیز کماکان است. پرسش این است که آیا می‌توان قانون حاکم بر جریان رسیدگی داوری را از قیدوبند قوانین ملی - و خصوصاً قانون ملی مقر داوری - رهاوند و حتی قوانین آمره ذی‌ربط را با توافق، نادیده گرفت یا خیر؟^{۷۵}

پاسخ سؤال فوق هرچه باشد، در بحث حاضر، تأثیر چندانی ندارد چرا که این امر، کاملاً معمول است که قوانین داوری کشور مقر، به‌طور خلاصه به چگونگی هدایت روند داوری می‌پردازند. علت این مسئله، علاوه بر اهمیت آزادی طرفین در توافق بر جزئیات، در این است که داوری در حل و فصل انواع گوناگونی از اختلافات استفاده می‌شود و از این رو غیرممکن است که مجموعه واحدی از قوانین برای همه این موارد، کارایی داشته باشد. دلیل دیگر این است که طرفین اختلافات، معمولاً با پیشینه‌هایی از نظام‌های حقوقی گوناگون به داوری می‌آیند و بنابراین قوانین ملی داوری نباید در مسائل مورد اختلاف، با پرداختن به جزئیات، متمایل به یک طرف خاص شوند.^{۷۶}

باری، مختصر بودن قوانین داوری ملی در اداره جریان داوری باعث می‌شود که معمولاً سخنی از چگونگی نقش داور در مدیریت رسیدگی و ادله (تفتیشی یا اتهامی بودن داوری) به میان نیاید. در فقد توافق طرفین، معمولاً قوانین داوری ملی، اختیارات وسیعی به دیوان داوری برای اداره روند داوری می‌دهند که قاعدتاً تنها به‌موجب قواعد آمره - که معمولاً به اصول دادرسی عادلانه مربوط است - محدود می‌شود.^{۷۷} توضیح اینکه، باید بین تشریفات شکلی رسیدگی داوری و اصول دادرسی عادلانه (مانند اصل تناظر، حق دفاع، بی‌طرفی و استقلال داور ...) تفکیک قائل شد.

البته حتی در مواردی که قوانین ملی داوری، روش تفتیشی یا اتهامی را برگزیده‌اند، به نظر،

74. A-national or Delocalized Arbitration.

75. محبی، محسن؛ «قانون حاکم بر قراردادهای نفتی در دیوان داوری ایران - امریکا»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۸-۲۷، ۱۳۷۸، صص ۵۴ به بعد.

76. Tweeddale, Andrew *et al*, *op. cit*, pp. 319- 320.

77. در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز وضع به همین گونه است: سیفی، سیدجمال؛ «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۷، ص ۶۶.

این مقررہ تکمیلی است و نه امری و بنابراین می‌توان خلاف آن توافق کرد.^{۷۸} توضیح بیشتر اینکه مقررات آمره قوانین داوری، نوعاً در جهت حفظ مصالح اساسی جامعه وضع شده است و در اکثر موارد، تضمین‌کننده اصول اساسی دادرسی منصفانه، همانند «رفتار مساوی داور با طرفین» یا «رعایت حق دفاع طرفین» است.^{۷۹} به‌سختی می‌توان اختیارات و نقش داور را که با تراضی طرفین برای قضاوت خصوصی انتخاب شده، تأمین مصالح بنیادین کشور مقرر داوری (قانون آمره) دانست، تا جایی که توافق طرفین برخلاف آن قوانین، بی‌اعتبار باشد.^{۸۰} به‌هرحال، ممکن است طرفین بتوانند برخلاف مقررات راجع به تشریفات رسیدگی تراضی کنند، اما نمی‌توانند اصول دادرسی عادلانه را نادیده بگیرند. وانگهی، داوران معمولاً از رعایت تشریفات دادرسی معافاند اما باید اصول دادرسی عادلانه را رعایت کنند.

ج. قواعد داوری سازمانی یا موردی

به‌ندرت اتفاق می‌افتد که طرفین قرارداد در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری یا شرط داوری، آیین رسیدگی داوری را به‌طور کامل مشخص کنند. در اکثر موارد، طرفین با انتخاب داوری سازمانی یا مجموعه مقررات داوری موردی مانند قواعد داوری آنسیترال،^{۸۱} خود را از دشواری‌های توافق بر جزئیات آیین داوری می‌رهانند.

قواعد اغلب مؤسسات داوری درباره ادله اثبات، بسیار کلی است و به جزئیات نپرداخته است.^{۸۲} تقریباً در تمامی مقررات داوری سازمانی اگر طرفین در خصوص آیین داوری و خصوصاً اختیارات و نقش داور، توافق خاصی نداشته باشند، کنترل روند داوری و تعیین جزئیات آن در اختیار داور است و مهم‌ترین محدودیتی که داور در اداره روند داوری با آن روبه‌روست، رعایت اصول دادرسی عادلانه و رفتار منصفانه و برابر با طرفین دعوا است.^{۸۳} به این ترتیب، شاید بتوان

78. Lew, Jullian, D. M., *et al.*, *op. cit.*, p. 534.

79. به‌عنوان نمونه، ن.ک: قسمت اول ماده ۳۳ قانون داوری انگلستان، مصوب ۱۹۹۶ نیز داوران را الزام کرده که «منصفانه و بی‌طرفانه» به اختلاف طرفین رسیدگی کنند و از تأخیر در رسیدگی و هزینه‌های زائد جلوگیری کنند. نیز ن.ک: ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مصوب ۱۳۷۶. مقررات قانون آیین دادرسی مدنی ایران درباره داوری (باب نهم) صریحاً به این اصول اشاره نکرده است هرچند که از پاره‌ای از مواد یا قواعد عمومی آن، این اصول قابل استفاده است.

80. از نظر حقوق دانان، تعداد مقررات آمره قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، محدود به اصول اساسی دادرسی است. ن.ک: سیدحسین صفایی؛ «سختی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷، ص ۲۲.

81. مهم‌ترین مقررات داوری موردی، «قواعد داوری آنسیترال» (۱۹۷۶) است که اصلاح شده است. ن.ک: مجموعه مقررات جدید آنسیترال درباره داوری، ترجمه و تحقیق: محسن محبی و حسین کاویار، خرسندی، ۱۳۹۳.

82. Von Mehren, George M., Salomon, Claudia T., "Submitting Evidence in an International Arbitration: the Common Lawyers Guide", *Journal of International Arbitration*, vol. 20, Issue 3, 2003, p. 286.

83. Bernardini, Piero, *op. cit.*, p. 117.

گفت که ارجاع دعوا به یک سازمان داوری خاص و قبول قواعد داوری آن، اثر چندانی در تعیین نقش فعال یا منفعل داور ایجاد نمی‌کند.^{۸۴}

به‌عنوان مثال، مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) صرفاً چارچوب کلی مسائل مربوط به ادله اثبات را ارائه می‌کند.^{۸۵} ماده ۲۵ قواعد داوری ICC به دیوان داوری اجازه می‌دهد که برای اثبات موضوع پرونده، از تمامی ابزارهای مناسب استفاده کند،^{۸۶} شهادت شهود یا کارشناسان معین‌شده از طرف طرفین یا سایر افراد را استماع کند،^{۸۷} کارشناس تعیین کند^{۸۸} و نهایتاً مقرر می‌دارد که دیوان داوری، هر زمان می‌تواند هریک از طرفین را برای ارائه ادله بیشتر احضار کند.^{۸۹} هرچند که این مقررات نشان‌دهنده این است که ممکن است نقش داور، فعال‌تر از آن باشد که مرجع رسیدگی به اختلافات در نظام کامن‌لا دارد، به معنای گرایش قواعد داوری ICC به نظام حقوقی نوشته نیست، بلکه تدوین‌کنندگان این قواعد داوری بیشتر متوجه این نکته بودند که مقررات به‌گونه‌ای تنظیم شود که با تمام نظام‌های حقوقی سازگار باشد.^{۹۰} بدین ترتیب، قواعد داوری ICC در برقراری اختیارات گسترده برای داوران در نحوه رسیدگی و اداره ادله، محدودیت کمتری برای طرفین و داوران ایجاد می‌کند.^{۹۱}

قواعد داوری برای داوری‌های موردی نیز معمولاً به همین منوال است. به‌عنوان نمونه، مواد ۱۵ و ۲۴ و ۲۵ قواعد داوری آنسیترال به دیوان داوری اختیارات وسیعی در جمع‌آوری دلیل و اداره روند داوری داده است. مثلاً طبق بند سوم از ماده ۲۴ اگر یک طرف به اختیار خود دلیلی را ارائه ندهد، دیوان داوری این اختیار را دارد که دستور به ابراز و ارائه آن بدهد. حتی در رویه عملی، مواردی وجود داشته که دیوان داوری بدون درخواست طرفین، دستور ارائه و ابراز دلیل داده است.^{۹۲}

«مقررات کانون وکلای بین‌المللی در اخذ دلیل در داوری بین‌المللی»،^{۹۳} راهنمای طرفین و

84. Lew, Julian D. M., "Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents, and Burden of Evidence", in Giovannini, Teresa, Mourre, Alexis, *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, International Chamber of Commerce Publication, Paris, 2009, p. 534.

85. International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, 2012, Articles 25& 26.

86. *Ibid*, Article 25 (1).

87. *Ibid*, Article 25 (3).

88. *Ibid*, Article 25 (4).

89. *Ibid*, Article 25 (5).

90. Derains, Yves, Schwart, Eric A., *op. cit.*, pp. 251-253.

91. ماده ۲۵ قواعد داوری ICC در مورد اینکه آیا دیوان داوری رأساً و بدون درخواست طرف مقابل می‌تواند حکم به ابراز سندی خاص بدهد یا نه، ساکت است که خود، تأییدکننده این نکته است که نویسندگان این مقررات در پی رسیدن به راه‌حل کلی و میانه‌ای بین نظام‌های تفتیشی و اتهامی بوده‌اند و نه گرایش به سمت یکی از این دو نظام.

92. Caron, David D., Caplan, Lee M., Pellonpaa, Matti, *The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 574-575.

93. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration

این مقررات در سال ۲۰۱۰ اصلاح شد. جهت دیدن اهم تغییرات اعمال شده در این سال، ن.ک:

داوران در مدیریت روند رسیدگی است و از زمان تنظیم یعنی سال ۱۹۹۶ در مجامع داوری بین‌المللی مقبولیت زیادی یافته است. در این مجموعه که سعی شده تلفیق مؤثری از آیین رسیدگی نظام‌های گوناگون حقوقی باشد،^{۹۴} بر اختیار وسیع داوران در اداره روند داوری^{۹۵} و ایفای نقش فعال داوران (در موارد لزوم)^{۹۶} و به همراه نقش فعال طرفین^{۹۷} تأکید شده است.

«قواعد داوری آنسیترال» برای اینکه به‌عنوان «قانون حاکم» بر آیین داوری انتخاب شود، مناسب نیست زیرا قواعد مذکور به تصویب مرجع قانونگذاری نرسیده بلکه مقرراتی است که اول‌بار در سال ۱۹۷۶ توسط کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آنسیترال) تهیه و تدوین و پیشنهاد و در سال ۲۰۱۰ نیز بازبینی و اصلاح شده است.^{۹۸} قواعد داوری آنسیترال، صرفاً مجموعه‌ای از راه‌حل‌های موازی و پیشنهادهاست که در صورت تراضی و انتخاب طرفین، دیوان داوری در اداره رسیدگی داوری از آن استفاده می‌کند. این قواعد در واقع راهنمای ساده متناظر با مراحل است که معمولاً در داوری سازمانی اتفاق می‌افتد و در داوری‌های موردی نیز کاربرد دارد.^{۹۹} اختیار وسیع داوران و امکان ایفای نقش فعال از جانب ایشان در بعض مواد از قواعد داوری آنسیترال پیش‌بینی شده است.^{۱۰۰}

به‌رحال، اختیارات داوران در اداره روند داوری، لزوماً به این معنا نیست که در عمل هم داوران، جریان رسیدگی داوری را به‌صورت تفتیشی پیش برده و در مباحث مربوط به ادله اثبات، نقش فعال دارند. در قسمت بعدی در این خصوص توضیح بیشتری داده می‌شود.

۲-۲. تحدید عملی اختیارات دیوان داوری در انتخاب روش مناسب تفتیشی یا اتهامی

بیان شد که عوامل مؤثر در شکل‌دهی آیین داوری (توافق طرفین، قانون ملی، قواعد داوری) به‌طور کلی با جزئیات، نقش داور در ادله اثبات را معلوم می‌کند. اگر توافقی بین طرفین در

Von Segesser, Georg, "IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration", *ASA Bulletin*, vol. 28, Issue 4, 2010, pp. 735-752.

94. Kuhner, Deltev, "The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 27, Issue 6, 2010, p. 667.

95. Part 2 of Article 8 & Section f of part 3 of Article 8 of IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration

96. Part 10 of Article 3 & Article 7 & Part 5 of Article 8 of IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration

97. Part 3 of Article 4 of IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration

98. محبی و کاویار؛ پیشین.

99. Ceccon Roberto, "UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings and the Conduct of Evidence- A New Approach to International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, Issue 2, 1997, p. 72.

100. UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, Paras. 50 & 69.

خصوص نقش داور وجود نداشته باشد (که معمولاً هم وضع به این‌گونه است) بر طبق قوانین ملی داوری و قواعد داوری سازمانی یا قواعد داوری موردی، دیوان داوری اختیارات وسیعی در تعیین جزئیات آیین رسیدگی و مسائل مربوط به ادله اثبات دارد که تنها به‌موجب قواعد آمره - که معمولاً به اصول دادرسی عادلانه مربوط است - محدود می‌شود. به عبارت دیگر، داوران اختیارات وسیعی در جهت استفاده از روش تفتیشی یا اتهامی در راستای اثبات جنبه‌های موضوعی دعوا دارند. اما این اختیارات وسیع، برای تطبیق و انعطاف روش داوری با انواع گوناگون اختلافات است و بدین معنا نیست که داوران می‌توانند به‌طور خودسرانه و بدون منطق مشخص، روش موردنظر خود را (تفتیشی یا اتهامی) برای هر دعوایی اعمال کنند.

برخلاف آنچه در بادی امر از ملاحظه اختیارات وسیع داوران به ذهن متبادر می‌شود، بنا بر دلایل زیر، ویژگی‌های خاص داوری بین‌المللی، با اعمال روش اتهامی (طرفین محور) تناسب بیشتری دارد. اول، پیش از طرح دعوا در دادگاه یا داوری، طرفین اختلاف بر اساس ادله خود و آنچه حدس می‌زنند طرف مقابل در دست دارد، سعی می‌کنند نتیجه دعوا را پیش‌بینی کنند و با سنجش هزینه‌ها و نتیجه دعوا، در خصوص سازش و مصالحه احتمالی و معقول تصمیم بگیرند. اختیار وسیع داور در مدیریت جریان رسیدگی که باعث افزایش جنبه‌های موضوعی دعوا شود، ممکن است به توسعه موضوع دعوا بینجامد که نتیجه آن، عدم قطعیت و غیرقابل‌پیش‌بینی بودن روند رسیدگی و داوری است و هزینه‌های نامعلوم به همراه دارد.^{۱۰۱} بنابراین استفاده بی‌قاعده از اختیارات وسیعی که در قانون یا مقررات داوری به داوران اعطا شده، باعث غیرقابل‌پیش‌بینی شدن نتیجه دعوا و اطاله رسیدگی می‌شود. این امر در بلندمدت باعث کاهش اقبال بازرگانان به داوری به‌عنوان روش مطلوب حل اختلافات خواهد شد.

دوم، موضوع دیگری که ایفای نقش فعال از جانب داور را با تردید جدی مواجه می‌کند، عدم تفکیک بین مرحله پذیرش دلیل^{۱۰۲} و ارزیابی دلیل در داوری تجاری بین‌المللی است. توضیح اینکه فلسفه اصلی وظیفه‌ای که به‌طور سنتی در نظام حقوقی کامن‌لا به عهده قاضی گذاشته شده تا پس از ارائه دلیل و قبل از مرحله ارزیابی ادله، درمورد قابل‌پذیرش بودن یا نبودن دلیل تصمیم‌گیری کند،^{۱۰۳} جلوگیری از گمراه‌شدن هیئت ژوری (که تخصص حقوقی ندارند و افراد عادی هستند) در اثر دلایل نامربوط یا منحرف‌کننده است. چنین ضرورتی در داوری احساس نمی‌شود و داوران نیز در عمل در مرحله اقامه دلیل، تمام ادله طرفین را می‌پذیرند^{۱۰۴} و پس از آن در طول رسیدگی درباره

101. Landolt, Phillip, *op. cit.*, pp. 210-214.

102. Admissibility

103. Saleh, Samir A., *op. cit.*, p. 151.

104. Pietrowski, Robert, "Evidence in International Arbitration", *Arbitration International*, vol. 5, Issue 3, 2006. p. 378; Von Mehren, George M., Salomon, Claudia T., *op. cit.*, p. 285.

ارزش و ارتباط دلایل تصمیم می‌گیرند.

سوم، طرفین اختلاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی معمولاً فعالان تجاری یا بنگاه‌های اقتصادی هستند که قاعداً از وکلا و مشاوران باتجربه استفاده می‌کنند. بنابراین می‌توان توقع داشت که جمع‌آوری ماهرانه ادله توسط وکلای طرفین، ضرورت یا مطلوبیت کنکاش مجدد داور را از بین می‌برد و نیازی به نقش فعال داور نیست. اعمال روش تفتیشی از جانب داور در این فرض، تنها باعث افزایش هزینه‌های داوری و اطاله رسیدگی می‌شود.

چهارم، دادگستری خدمتی عمومی تلقی شود که هزینه‌های آن بر دوش دولت است. بنابراین در رسیدگی‌های قضایی در دادگاه‌های دولتی می‌توان نقش فعال قضای در جریان رسیدگی به دعوا را پذیرفت زیرا رها بودن سکان رسیدگی در دست طرفین اختلاف در دادگستری، باعث اطاله رسیدگی و پرهزینه‌شدن آن می‌شود و موافق مصالح اجتماعی نیست.^{۱۰۵} اما در داوری بین‌المللی، وضع تا اندازه زیادی متفاوت است. داوری، کم‌وبیش مبنای قراردادی دارد و تقبل هزینه‌های آن توسط طرفین و اصل آزادی طرفین در داوری باعث می‌شود ایفای نقش منفعل توسط داور، نه تنها موافق مصالح اجتماعی باشد، بلکه موجب اقبال بیشتر فعالان بخش خصوصی به داوری هم هست و مآلاً از هزینه‌های دولت در اداره دادگستری می‌کاهد و بدین سبب موافق مصالح اجتماعی است.

نکته آخر اینکه، همان طور که پیش‌تر بیان شد، از مهم‌ترین مزایای نظام‌های دادرسی تفتیشی این است که حکم دادرسی یا داور در اثر کاوش مستقل وی، احتمالاً با واقع امر انطباق بیشتری خواهد داشت. اما باید در نظر داشت که انتظار اینکه دادرسی یا داور، مأمور کشف واقع از میان تمام امور موضوعی مرتبط با دعوا باشد، توقعی آرمان‌گرایانه و غیرمنطبق با واقعیت‌های نظام حل اختلاف است. نگرش واقع‌بینانه این است که برای تعیین‌بخشیدن به کشف واقع، دادرسی یا داور، محدود به انتخاب عادلانه از میان گفته‌های طرفین شود و مرجع حل اختلاف از یافتن حق و حقیقت از میان دایره نامعلومی از وقایع موجود، معاف شود.

با اینکه اعمال روش اتهامی با ویژگی‌های داوری و ماهیت آن سازگاری بیشتری دارد، مواردی وجود دارد که داور باید نقش فعال ایفا کند و به همین علت قوانین داوری، چگونگی ایفای نقش داور را محدود نکرده است. از جمله این موارد، زمانی است که داور به علت کارشناسی یا تبحر در مسئله‌ای خاص انتخاب شده باشد، که در این صورت، طرفین انتظار دارند داور وظیفه خود را در کمترین زمان و با کمترین هزینه انجام دهد و رأی صادر کند و بنابراین، باید اختیار داشته باشد نقش فعال‌تری در جریان رسیدگی و احراز جنبه‌های موضوعی ایفا کند و چون از تخصص و تبحر

۱۰۵. غمامی، مجید و حسن محسنی؛ «اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و استثنایها و قیده‌های آن»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۱، ص ۲۱۰.

کافی برخوردار است، طرفین، نگران طولانی‌شدن یا پرهزینه‌شدن رسیدگی نیستند.^{۱۰۶}

مورد دیگر، زمانی است که توضیحات طرفین یا یکی از آنها در اثبات موضوع، آشکارا ناقص یا مبهم یا مبتنی بر اشتباه باشد. همچنین اگر یک طرف اساساً در رسیدگی غایب بوده یا توان انتخاب وکیل نداشته باشد، مبنای ترجیح نقش منفعل داور از بین می‌رود.^{۱۰۷} به علاوه، در مواردی که رأی داور، تأثیر قابل توجهی بر منافع دیگران یا جامعه می‌گذارد، مثل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی باید نقش داور، فعال‌تر از سایر دعاوی تجاری بین‌المللی باشد.^{۱۰۸}

ایفای نقش فعال داور در این موارد و موارد مشابه، قاعده‌تاً نه در ابتدای رسیدگی بلکه در جلسات استماع و رسیدگی‌های پس از این صورت می‌گیرد که طرفین، ادله خود و شرح ماجرا را طی لوابیح و اسناد و مدارکی به مرجع داوری تسلیم کرده‌اند و در اختیار داور قرار داده‌اند.^{۱۰۹} طرفین دعوا منطقاً اشراف بیشتری به موضوعات و وقایع پرونده دارند و منطقی‌تر آن است که داور، قبل از هر نوع تفتیش، ابتدا ادله طرفین را ببیند و از استدلال‌ات موضوعی آنها آگاه شود. بنابراین اگر وظیفه علم به مسائل حکمی را نیز بر دوش داوران بگذاریم (که نظر صحیح همین است)^{۱۱۰} به این نتیجه می‌رسیم که به موازات پیشرفت روند داوری، کنترل طرفین بر اداره روند داوری، به تدریج به داوران منتقل می‌شود.^{۱۱۱}

در مواردی که داور نقش فعال ایفا می‌کند (نظام تفتیشی) نیز رعایت نکاتی چند لازم است. به عنوان مثال، بهتر است که داور در جهت حفظ کامل بی‌طرفی، به جای اینکه رأساً در مسائل موضوعی تحقیق کند، ابتدا دستور تکمیل ادله را به طرفین بدهد.^{۱۱۲} علاوه بر این، ضرورت دارد که ادله‌ای که با نقش فعال داور یا به ابتکار او درخواست یا ارائه یا کشف یا تکمیل می‌شود، جهت تحلیل و نقد به طرفین دعوا عرضه شود.^{۱۱۳}

106. Bruce, Harris, Planterose, Rowan, Tecks, Jonathan, *Arbitration Act 1996, A Commentary*, Third Edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2003, p. 189; Tweeddole *et al. op. cit.*, p. 658.

107. Landolt, Phillip, *op. cit.*, pp. 217-219.

108. Van Houtte, Hans, Brunetti, Maurizio, "Investment Arbitration, Ten Areas of Caution for Commercial Arbitrators", *Arbitration International*, vol. 29, No. 4, 2013, pp. 570-572.

109. Landolt, Phillip, *op. cit.*, pp. 199, 202.

۱۱۰. البته اعمال نقش فعال داور در امور حکمی با محدودیت‌هایی روبه‌روست که مهم‌ترین آن، به رسمیت‌شناختن حق طرفین برای اظهارنظر درباره یافته‌های حکمی داور، پیش از صدور رأی نهایی است (مانند رأی جزئی داور در مورد مسئولیت یا قراردادی که متضمن امور حکمی - موضوعی است مانند احراز تابعیت، سهام‌دار بودن و ...).

Waincymer, Jeff, "International Arbitration and the Duty to Know Law", *Journal of International Arbitration*, vol. 28, Issue 3, 2011, pp. 240-242.

111. Webster, Thomas H., "Party Control in International Arbitration", *Arbitration International*, vol. 19, No. 2, 2003, p. 142.

112. Landolt, Phillip, *op. cit.*, pp. 222-223.

113. International Law Association Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, Resolution No. 6/2008, Para 8.

صرف‌نظر از اینکه تمایل کلی دیوان داوری برای اداره روند رسیدگی چگونه باشد، وقتی که نوبت به تعیین جزئیات آیین رسیدگی می‌رسد در خیلی از موارد، تمایل دیوان‌های داوری بر این است که از تلفیقی از دو روش تفتیشی و اتهامی استفاده کنند.^{۱۱۴} مثلاً ضمن اینکه دیوان داوری ممکن است هر جا صلاح دانست حتی بدون درخواست طرفین، دستور افشای ادله یا ارائه سند یا دلیل خاص بدهد،^{۱۱۵} در همان دعوا وقتی نوبت به شهادت شهود می‌رسد، ممکن است داوران از روش اتهامی پیروی کنند^{۱۱۶} یعنی به طرفین دعوا اجازه دهند که با سؤال و جواب مستقیم از شاهد، صحت گفتار او را بیازمایند.

نهایتاً به نظر می‌رسد که به‌جای طرح این سؤال که در روند اثبات امر موضوعی در داوری، از میان طرفین دعوا و داور، کدام‌یک فعال و کدام منفعل‌اند، می‌توان پرسید که کدام‌یک باید ابتکار عمل در جریان رسیدگی را به دست داور و کدام‌یک باید نقش تکمیلی و فرعی داشته باشند. با توجه به آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که ابتکار عمل اصلی در جریان رسیدگی و ادله اثبات دعوا به دست طرفین دعوا است و نقش تکمیلی، بر عهده داوران است. ولی نکته این است که نقش تکمیلی داور یا داوران در داوری تجاری بین‌المللی، محدودتر از آن چیزی است که قاضی در نظام حقوقی کشورهای حقوق‌نویسته و خصوصاً فرانسه دارد و بیشتر از آن نقشی است که قاضی در کشورهای حقوق‌کامن‌لا ایفا می‌کند.

نتیجه

به نظر می‌رسد که نزاع نظام‌های حقوقی داخلی در مطلوبیت روش‌های اتهامی یا تفتیشی در رسیدگی‌های مدنی، با گزینش راه‌حل‌های معتدل‌تر - علی‌رغم وجود اختلافات - سامان مطلوبی یافته

114. Molineaux, Charles, "Applicable Law in Arbitration, The Coming Convergence of Civil and Anglo-Saxon Law via Unidroit and Lex Mercatoria", *The Journal of World Investment*, vol. 1, Issue 1, 2000, pp. 127-129.

رویه دیوان داوری ایران - ایالات متحده آمریکا نیز تلفیقی از دو روش اتهامی و تفتیشی را نشان می‌دهد:

Kazazi, Mojtaba, Evidence ...; Holtzmann, Howard, *Fact-finding by the Iran-United States Claims Tribunal in Lillich*, Richard B., *Fact Finding before International Tribunals*, Transnational Publishers, Inc., New York, 1992, p. 101.

۱۱۵. هرچند که اصطلاح کشف دلیل (discovery) در داوری‌های تجاری بین‌المللی چندان کاربرد ندارد، به‌جای آن، اصطلاح تقاضای ارائه سند (document production) یا تقاضای افشای دلیل، رایج است که در آن ممکن است دیوان داوری با درخواست یک طرف یا حتی بدون درخواست طرفین، حکم به ابراز سندی دهد که در اختیار طرف مقابل است و اگر طرفی که دلیل مزبور در اختیار اوست، آن را ابراز نکند، با شرایطی ممکن است که این مسئله علیه طرف مستتکف در صدور رأی توسط دیوان داوری استفاده شود. مواد ۲۰۹ و ۲۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز متأثر از همین طرز تفکر است.

O' Malley, Nathan D., "Procedural Rules Governing the Production of Documentary Evidence in International Arbitration as Applied in Practice", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, Issue 1, 2009, pp. 27-28.

116. Lew, Julian D.M. et al, op. cit, Raymond, Claude, op. cit, p. 367.

است. اما در داوری تجاری بین‌المللی وضع متفاوت است. اگر بین طرفین اختلاف در مورد حدود اختیارات داور و نقش فعال یا منفعل داور در رسیدگی و اداره ادله، توافقی وجود نداشته باشد - که معمولاً وجود ندارد - طبق قوانین ملی داوری و مقررات داوری سازمانی یا موردی، دیوان داوری اختیارات وسیعی در تعیین جزئیات آیین رسیدگی و مسائل مربوط به ادله اثبات و از جمله اتخاذ روش تفتیشی یا اتهامی دارد. انعطاف حقوق و رویه داوری در مورد اختیارات دیوان داوری در نحوه رسیدگی و ادله اثبات دعوا در امور موضوعی، بیشتر به این منظور است که در دعاوی بین‌المللی، امکان استفاده از روش داوری در انواع گوناگون اختلافات با طرف‌های متعلق به نظام‌های حقوقی مختلف فراهم شود و به‌رحال به معنای استفاده خودسرانه داور از این اختیارات نیست.

هرچند دیوان‌های داوری ممکن است در جزئیات آیین داوری درباره ادله اثبات از ترکیبی از روش‌های تفتیشی و اتهامی استفاده کنند، ماهیت داوری با ایفای نقش منفعل از جانب داور در امور موضوعی، سازگاری بیشتری دارد و مداخله فعالانه داور در روند اثبات موضوع، باید محدود به موارد ضروری یا توافق صریح یا ضمنی طرفین شود. پذیرش چنین چارچوبی برای درک درست نقش داور در نظام داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز ضروری است. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مقتبس از قانون نمونه داوری آنسیترال (۱۹۸۵) است و همسو با سایر قوانین داوری مدرن، اختیارات وسیعی در جهت چگونگی اداره روند داوری برای داوران قائل شده است. ملاحظاتی که برای اولویت روش اتهامی توسط داوران گفته شد، در داوری بر اساس نظام داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز صادق است. به‌عنوان نمونه، اهمیت استقلال و بی‌طرفی داور، لزوم قابل‌پیش‌بینی بودن هزینه‌ها و مدت داوری توسط اصحاب دعوا و ملاحظاتی از این دست، باعث می‌شود که نقش فعال داور در رسیدگی و اداره در ادله اثبات در داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز استثناً محسوب شود و محدود به موارد خاص و ضروری باشد.

منابع:

الف) فارسی

– کتاب

- کریمی، عباس؛ *ادله اثبات دعوا*، چاپ دوم، میزان، ۱۳۸۸.

– مقاله

- پوراستاد، مجید؛ «پیدایش و چالش قاعده منع تحصیل دلیل»، *فصلنامه حقوق*، مجله حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹.
- سیفی، سیدجمال؛ «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۷.
- صفایی، سیدحسین؛ «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷.
- غمامی، مجید و مجتبی اشراقی آرانی؛ «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی تبیین نظریه عمومی»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹.
- غمامی، مجید و سیدمحمد آذین؛ «نقش متقابل دادرس و اصحاب دعوا در اثبات و ارزیابی امور موضوعی در دادرسی مدنی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۸.
- غمامی، مجید و حسن محسنی؛ «اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و استثناها و قیدهای آن»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۱.
- کریمی، عباس، رحیم مختاری و ابراهیم تقی‌زاده؛ «مطالعه تطبیقی اثر ارزیابی ادله مدنی بر دادرسی در فقه و حقوق موضوعه»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، شماره ۷، زمستان ۱۳۹۱.
- محبی، محسن؛ «قانون حاکم بر قراردادهای نفتی در دیوان داوری ایران – امریکا»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۲۸-۲۷، زمستان ۱۳۷۹.

ب) انگلیسی

- Books

- Bruce, Harris, Planterose, Rowan, Tecks, Jonathan, *Arbitration Act 1996, A Commentary*, Third Edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2003.
- Caron, David D., Caplan, Lee M., Pellonpaa, Matti, *The Uncitral Arbitration Rules, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

- Derains, Yves, Schwart, Eric, A., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer law International, Hague, 1998.
- Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, Eighth Edition, Thomson, New York, 2004.
- Gibson, Geoffrey, *The Arbitrator's Companion*, the Federation Press, Sydney, 2001.
- Giovannini, Teresa, Mourre, Alexis, *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, International Chamber of Commerce Publication, Paris, 2009.
- Holtzmann, Howard, *Fact-finding by the Iran-United States Claims Tribunal in Lillich*, Richard B., *Fact Finding before International Tribunals*, Transnational Publishers, Inc., New York, 1992.
- Jarvin and Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards: 1974-1985*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1990.
- Lew, Jullian D.M, Mistelis, Loukas, A. Karl, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.
- Mistelis, Loukas. A., *Concise International Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, 2010.
- Mustill, Michael J., Boyed, Stewart C., *Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Butterworths, London, 1989.
- Redfern, Alan, Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2004.
- Tweedale, Andrew, Tweeddale, Keren, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

- Articles

- Barraclough, Andrew, Waincymer, Jeff, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6, Issue 2, 2005.
- Bernardini, Peiro, "The Role of International Arbitrator", *Arbitration International*, vol. 20, No. 2, 2004.
- Cecon Roberto, "UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceeding and the Conduct of Evidence- A New Approach to International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, Issue 2, 1997.
- Chen, Wei-jen, "Determining Appropriate Procedural Rules of International Commercial Arbitration and Its Relationship with the Law Governing Arbitral Procedure: In the Perspective of Enforcement under the New York Convention", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 2, Issue 1, 2009.
- Chukwumerije, Okezie, "Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration", *Anglo-American Law Review*, vol. 23, Issue 3, 1994.

- Danilowicz, Vitek, "Choice of Applicable Law in International Arbitration", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 9, Issue 2, Winter 1986.
- Elsing, Siegfried H., Townsend, John M., "Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration", *Arbitration International*, vol. 18, No. 1, 2002.
- Heiskanen, Veijo, "Forbidding Depeçage: Law Governing Investment Treaty Arbitration", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32, Issue 2, 2008-2009.
- Hon, Rt., "Common Law and Civil Law Procedure; Which Is More Inquisitorial? A common Lawyers Response", *Arbitration International*, vol. 5, 1989.
- Hurter, Estelle, "Seeking Truth or Seeking Justice: Reflections on the Changing Face of the Adversarial Process in Civil Litigation", *Journal of South African Law*, vol. 2007, Issue 2, 2007.
- Hwang, Michael, Lee Cheng, Fong, "Relevant Consideration in Choosing the Place of Arbitration", *Asian International Arbitration Journal*, vol. 4, No. 2, 2008.
- Kuhner, Deltev, "The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 27, Issue 6, 2010.
- Landolt, Phillip, "Arbitrator's Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence", *Arbitration International*, vol. 28, No. 2, 2012.
- Megens, Peter, Starr, Paul, Chow, Peter, "Compulsion of Evidence in An International Commercial Arbitration: An Asia Pacific Perspective", *Asian International Arbitration Journal*, vol. 2, No. 1, 2006.
- Molineaux, Charles, "Applicable Law in Arbitration, The Coming Convergence of Civil and Anglo-Saxon Law via Unidroit and *Lex Mercatoria*", *The Journal of World Investment*, vol. 1, Issue 1, 2000.
- O' Malley, Nathan D., "Procedural Rules Governing the Production of Documentary Evidence in International Arbitration as Applied in Practice", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, Issue 1, 2009.
- Pearson, Sabrina, "Sulamerica v. Ensea: the Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement", *Arbitration International*, vol. 29, No. 1, 2013.
- Pietrowski, Robert, "Evidence in International Arbitration", *Arbitration International*, vol. 5, Issue 3, 2006.
- Raymond, Claude, "Civil Law and Common Law Procedures: Which Is More International? A civil Lawyer Response", *Arbitration International*, vol. 5, 1989.
- Renner, Moritz, "Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?" *Journal of International Arbitration*, vol. 26, Issue 4, 2009.
- Sabater, Anibal, "When Arbitration Begins Without a Seat", *Journal of*

International Arbitration, vol. 27, Issue 4, 2010.

- Saleh, Samir, A., “Reflections on Admissibility of Evidence: Interrelation between Domestic Law and International Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 15, No. 2, 1999.
- Sharpe, Jeremy K, “Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence”, *Arbitration International*, vol. 22, No. 4.
- Van Houtte, Hans, Brunetti, Maurizio, *Investment Arbitration*, “Ten Areas of Caution for Commercial Arbitrators”, *Arbitration International*, vol. 29, No. 4, 2013.
- Von Mehren, George M., Salomon, Claudia T., “Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyers Guide”, *Journal of International Arbitration*, vol. 20, Issue 3, 2003.
- Von Segesser, Georg, “IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”, *ASA Bulletin*, vol. 28, Issue 4, 2010.
- Waincymer, Jeff, “International Arbitration and the Duty to Know Law”, *Journal of International Arbitration*, vol. 28, Issue 3, 2011.
- Webster, Thomas H., “Party Control in International Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 19, No. 2, 2003.

- Rules and Regulations

- Belgian Judicial Code, 2013.
- China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC Arbitration Rules, 2012.
- Civil Procedure Rules (CPR) Of the United Kingdom, 1999 and Later Updates.
- English Arbitration Act, 1996.
- Hong Kong Arbitration Ordinance, 2011.
- IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 2010.
- International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, 2012.
- Singapore International Arbitration Act, 1994.
- Swiss Private International Law Act.
- The United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules, 1976.
- UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, 2012.

- Other Sources

- Decision of the House of Lords in *President of India v. Lips Maritime Corporation* [1988] A. C. 395.
- International Law Association Recommendations on Ascertainning the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, Resolution No. 6/2008, Para 7. Available at: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>>.
- United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) or New York Convention.