

هنری دووریز
Henry p. de Vries

مترجم: دکتر محسن محبی

داوری تجاری بین المللی

پرو. گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی



شوریه شگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقاله حاضر ترجمه‌ای است از:

Journal of International Arbitration , Vol . 1, No.1.
April. 1984.

داوری از نظر تاریخی سابقه ای بس طولانی دارد. حل و فصل اختلافات از طریق توافق به قبول و تبعیت از تصمیم شخص ثالثی که مورد اعتماد اصحاب دعوا باشد یعنی داوری، حتی قبل از اینکه در جوامع بشری قانونی وضع شود یا دادگاهی تشکیل گردد یا قضاات اصول حقوقی را طراحی و پایه ریزی کنند، وجود داشته است.^۱ معذک، از جنگ جهانی دوم به این سو است که داوری تجاری بین المللی به یک «صناعت قضایی» (اسلوب رفع منازعه) تبدیل شده است.^۲

داوری در دعاوی بازرگانی داخلی

روند داوری تجاری ابتدا در حوزه اختلافات و دعاوی ناشی از تخلف از وصف و مشخصات قراردادی کالا مطرح شده و توسعه یافته است. انجمن های بازرگانی و بورس های مبادله کالا برای حل و فصل اختلافات قراردادی مربوط به واقعیات و اوصاف معاملات خود اسلوب خاصی را تعبیه و سازماندهی کردند و اعضا را تشویق می کردند برای حل این نوع اختلافات به هیأت هایی مراجعه کنند

1. Kellor F., American Arbitration, Its History, Functions and Achievements 1 (1948).
2. Kerr, "International Arbitration v. Litigation", J. Bus L. 164 (1980).

که اعضای آن با لسان و عرف صنعت یا تجارت مربوط آشنایی کافی دارند.^۲ حل و فصل اختلافات تجاری از طریق داوری رفته رفته، آیین های رسیدگی خاصی را به وجود آورد که حداقل تأخیر در رسیدگی، حداقل هزینه ها و غیر علنی ماندن موضوع دعوا را تأمین می کرد.

داوری سازمانی

سازمانها و مؤسسات داوری نقش مهمی در توسعه روند داوری در ایالات متحده و خارج آن ایفا کرده اند.^۳ در امریکا «انجمن امریکایی داوری» (AAA=American Arbitration Association) که مؤسسه ای غیرانتفاعی و خصوصی است و دفتر مرکزی آن در نیویورک است، در سال ۱۹۲۶ تأسیس شده و فعال بوده است. در حل و فصل پاره ای دعاوی بین المللی غیر تخصصی نیز «دیوان بین المللی داوری» وابسته به اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) یکی از نهادهای اصلی داوری به شمار می رود که از ۱۹۲۲ شروع به کار نموده است. البته همانند سایر مؤسسات داوری برجسته و علیرغم نام آن که «دیوان بین المللی داوری» است، این دیوان رأساً به امر داوری و حل و فصل دعاوی نمی پردازد، بلکه در واقع بر هیأت های داوری که حسب مورد در هر پرونده خاص تشکیل می شود و متشکل از داوران منتخب خود اصحاب دعوا یا احیاناً اتاق بازرگانی بین المللی است، نظارت می کند. «مؤسسه داوری اتاق بازرگانی استکهلم» نیز از سال ۱۹۷۶ به عنوان یک نهاد داوری بین المللی تأسیس شده و به ویژه در حل و فصل دعاوی مربوط به قراردادهای بازرگانی شرق-غرب، داوری کرده است.^۴ لندن هم در زمینه دعاوی

3. Carlston, Psychological and Sociological Aspects of the Judicial and Arbitration Processes 44, 48 (1965).

۴. برای ملاحظه فهرست انجمن های داوری بزرگ، رک.

R. Coulson, "Business Arbitration-What you Need to Know", 111-12 (1980); E. Cohn, M. Domke & F. Eisemann, "Handbook of Institutional Arbitration in International Trade"(ed. 1977).

5. See Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration in Sweden 8-9 (1977).

دریایی، بیمه و معاملات انواع کالا و مال التجاره مرکز داوریهای بین المللی بوده است. «دادگاه داوری بین المللی لندن» قواعد داوری خاصی دارد که بارها اصلاح شده و آخرین آن از اوّل سال ۱۹۸۱ لازم الاجرا شده است. این دادگاه تحت نظارت و هدایت مشترک شهرداری، اتاق بازرگانی و مؤسسه داوران قسم خورده لندن (Chartered Institute of Arbitrators) می باشد.^۶

مؤسسات داوری با تنظیم و تدوین مقرراتی برای برگزاری داوریهای خصوصی یا پیشنهاد شرط داوری برای درج در قراردادها و نیز تدارک تسهیلات اداری و تدوین آیین دادرسی سهم مهمی در برانگیختن اعتماد بیشتر به داوری به عنوان اسلوب جایگزین محاکم دادگستری و رسیدگی قضایی داشته اند.

قراردادهای تجارت بین المللی و سرمایه گذاری بین المللی

داوری تجاری که از حمایت مؤسسات انجمنهای داوری و نیز اقبال روزافزون بازرگانی داخلی نسبت به نهاد داوری به عنوان اسلوب مؤثر حل و فصل اختلاف در تجارت داخلی برخوردار بوده است، هماهنگ با رشد انبوه تجارت جهانی و توسعه سرمایه گذاریهای بعد از جنگ جهانی دوم توسعه یافته و به پیش آمده است.^۷ حتی پیدایش کشورهای سوسیالیستی و کشورهای تازه به استقلال رسیده و رواج بازرگانی دولتی در آنها و نیز افزایش نقش دولتها در موافقتنامه های

6. See Steyn, "England" in 8 Yearbook Commercial Arbitration, p.3, (1983).

۷. آمار وزارت بازرگانی امریکا حاکی از آن است که سرمایه گذاری خارجی امریکا شامل سرمایه گذاری به صورت نقدی یا وام به خارجیان، در سال ۱۹۸۰ بالغ بر حدود ۲۱۴ میلیارد دلار می شود که باید با رقم ۱۸۷ میلیارد دلار در سال ۱۹۷۹ و حدود ۹۵ میلیارد دلار در سال ۱۹۷۵ و ۱۲ میلیارد دلار در سال ۱۹۵۰ مقایسه شود. توزیع سرمایه گذاری امریکا در سال ۱۹۸۰ چنین است: در کانادا ۲۱٪، امریکای لاتین ۱۸٪، اروپا ۴۵٪؛ در کشورهای توسعه یافته و توسعه نیافته به ترتیب ۷۵٪ و ۲۵٪ بوده است. رک.

Whichard, "U.S. Direct Investment Abroad in 1980", 61 Survey Current Bus., 20, 21 (Aug. 1981); Whichard, "Trends in the U.S. Direct Investment Abroad, 1950-79", 61 Survey Current Bus. 39-41 (Feb. 1981); 1981 Bus. Int'l, 326-27 (Oct. 9, 1981).

توسعه اقتصادی، خودبخود معاملات بین‌المللی پیچیده‌ای را به دنبال آورده که نسبت به قراردادهای داخلی سنتی به مراتب متفاوت است،^۸ و حل و فصل اختلافات ناشی از آنها نیز محتاج اسلوب متفاوتی است که همانا داوری است.

داوری بین‌المللی یک روند مستقل است

برعکس مکانیسم‌های داخلی حل و فصل اختلافات که آیین دادرسی ثابت و قواعد شناخته شده‌ای دارند، داوری بین‌المللی مانند خود دعاوی بین‌المللی مستلزم وقوف به سیستم حقوقی بیش از یک کشور، اطلاع از مبانی گوناگون صلاحیت مراجع رسیدگی و نیز محتاج آگاهی از انواع آیین دادرسی و مقررات آنها در مورد ادله اثبات دعوا (مبانی و واقعیات)، قانون حاکم بر دعوا، اثبات قانون خارجی و بالاخره اجرای حکم می‌باشد. بنابراین دست‌اندرکاران داوریه‌های داخلی که می‌خواهند به حوزه داوری بین‌المللی گام نهند، باید آمادگی لازم را برای عبور از نظام رسیدگی داخلی - که تک بعدی است - به ساختارهای حل و فصل چند بعدی یعنی داوری بین‌المللی داشته باشند.^۹ امتیازات داوری در دعاوی داخلی یعنی سرعت تصمیم‌گیری، کم هزینه بودن و غیررسمی بودن جریان رسیدگی، در داوری تجاری بین‌المللی نیز وجود دارد. دعاوی بین‌المللی به دلیل موانعی از قبیل گوناگونی زبان طرفین، بُعد مسافت و مشکلات ارتباطات و مکاتبه بیشتر با خطر تأخیر و اطاله رسیدگی مواجه می‌باشند و اغلب هزینه بیشتری در بر دارند مانند هزینه اداره جریان داوری، حق الزحمه داوران، استخدام وکلای محلی، مترجم و بالاخره هزینه‌های

8. See de Vries, "Arbitration of Disputes in International Projects", in International Project Finance (Fordham Corp. L. Inst. 1975).

۹. صرف آنکه توجه به قوانین گوناگون داوری بدون آگاهی نسبت به جنبه‌های وسیع تر و مفصل تر مقررات آیین دادرسی آنها، به قول «وتر» به معنای «تک بعدی دیدن نظامهای چند بعدی حل و فصل است». رک.

IV Wetter, "The International Arbitral Process: Public and Private", (1979) at 285., See also Mentschikoff, "Commercial Arbitration", 61 Col. L. Rev. 846 (1961).

مسافرت. در داوری بین‌المللی، جو غیررسمی و ساده‌ای که در داوریهای داخلی وجود دارد به محیطی آمیخته به قواعد رسیدگی و آیین دادرسی پیچیده‌تر تبدیل می‌شود. با این‌که داوری داخلی و داوری بین‌المللی هر دو توسط داورانی اداره می‌شود که خود اصحاب دعوا منصوب کرده‌اند و داوران صلاحیت و اختیار خود را از توافق اولیه طرفین در مراجعه به داوری به دست می‌آورند، اما مسیرهای متفاوتی را طی کرده و در جهات گوناگون تحوّل یافته‌اند.

به علت جنبه‌های فراملی نهفته در داوریهای بین‌المللی، خواه ناخواه مسائل صلاحیتی در داوری بین‌المللی بیشتر پیش می‌آید. به همین لحاظ ضرورت درج شرط داوری در قرارداد اولیه به منظور رفع هرگونه ابهام و بلا تکلیفی از حیث مسائل صلاحیتی، امروزه تقریباً تبدیل به رویه‌ای بین‌المللی شده است.^{۱۱} در کشورهایی که مراکز بزرگ داوری در آنجا واقع است، قوانینی تصویب شده که احکام جداگانه‌ای برای داوری بین‌المللی و داخلی پیش بینی نموده و آن دو را از هم جدا می‌سازد.^{۱۲} در قواعد داوری مؤسسات داوری بین‌المللی نیز طبقه‌بندی داوریها و تفکیک آنها در رابطه با معاملات مختلف بین‌المللی مورد توجه و تأکید قرار

10. See Kerr, footnote 2, supra at p. 164.

۱۱. «در دعاوی بین‌المللی، قوانین داخلی و احکام دادگاهها کنترل قضایی محدودی بر احکام صادره در سطح بین‌المللی دارند. در انگلستان که دارای نظام حقوق عرفی است، هدف از حذف قاعده حجیت رویه قضایی (لازم‌الاتباع بودن رویه محاکم در دعاوی مشابه) در داوریهای بین‌المللی که در انگلستان برگزار می‌شود آن بود که اعتبار و جایگاه انگلیس به عنوان مرکز داوریهای بین‌المللی بیشتر حفظ و ابقا شود. در مقایسه اجمالی ماهیت کنترل قضایی احکام داوری در سایر کشورهای اروپایی را که با انگلیس از حیث مرکز داوریها رقابت دارند، معلوم می‌شود که در معنای وسیع، طبق مقررات انگلیس، صرف توافق طرفین برای استثنا کردن صلاحیت محاکم داخلی (و مراجعه به داوری) مترادف است با آنچه در فرانسه و سوئد موافقتنامه داوری محسوب می‌شود. ولی در حقوق سویس هر یک از طرفین داوری که ایراد و اعتراضی داشته باشد، می‌تواند به دادگاه مراجعه و نسبت به هر امر ماهوی درخواست رسیدگی نماید...» رک.

Shenton & Toland, "London As A Venue for International Arbitration: The Arbitration Act 1979", 12 Law & Policy Int'l Bus., 643, 972 (1980).

نقش دادگاههای داخلی در داوری بین المللی

داوری تجاری بین المللی نمی تواند بدون مساعدت و همکاری محاکم داخلی، به طور مؤثر و کارا عمل کند. دادگاههای کشور محل داوری را نمی توان به کلی از صحنه بیرون گذاشت و با داوری غیر مرتبط دانست مگر این که طرفین در قرارداد اولیه ارجاع به داوری، به طور خاص در این زمینه توافق کرده باشند.^{۱۳}

مؤثر بودن داوری از حیث صدور رأی قطعی و لازم الاجرا برای حل و فصل منازعه ای که به آن ارجاع شده، موکول است به آن که اگر یکی از طرفین از اجرای رأی داوری تخلف نمود دادگاهی در کار باشد که رأی را به اجرا درآورد. داوری در مفهوم بین المللی آن متضمن صدور حکم الزام آور است با همان آثار حقوقی و قدرت اجرایی که حکم قطعی دادگاه دارد.

اغلب کشورهایی که در امر تجارت فعال هستند، قوانین خاصی در مورد داوری دارند اما در زمینه های حساس و مهم هنوز قضات هستند که با آرای خود عملاً قانونگذاری می کنند. «فرانسه و سوئیس به طور سنتی بیش از انگلستان و امریکا قانون مدار هستند و حجم بیشتری از قوانین موضوعه را در باب داوری

۱۲. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۶ «قواعد داوری» را تصویب نمود که به «قواعد داوری آنسیترال» موسوم است و توصیه کرد که در دعاوی تجاری که به داوری ارجاع می شود، از آن استفاده شود. رک.

Dietz, "Introduction: Development of the UNCITRAL Arbitration Rules" 27 Am. J. Comp. L. 449 (1979).

علاوه بر این، کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن برای «حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر» یک مرکز داوری تشکیل داده (ایکسید ICSID) و مقررات خاصی برای طرح دعوا و حل و فصل آن از طریق سازش یا داوری وضع نموده است. (برای ملاحظه متن قواعد داوری آنسیترال و نیز کنوانسیون ایکسید همراه با ترجمه فارسی آنها، مراجعه کنید به: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، به ترتیب شماره ۴ و شماره ۶، اسناد بین المللی - م).

13. Holtzmann, "Arbitration and the Courts: Partners in a System of International Jurisdiction", 1978 Rev. de l'Arbitrage 253.

دارند، مع ذلك در موضوعات اساسی که در جریان داوری پیش می‌آید مجموعه‌ای از رویه‌ها و آرای محاکم است که منبع اصلی مقررات داوری است.¹⁴

مفهوم قرارداد بین‌المللی

محاکم امریکا و فرانسه در مقام تفکیک و تمایز بین داوریهای کاملاً داخلی و داوریهای بین‌المللی از مفهوم قرارداد بین‌المللی استفاده کرده‌اند، به این معنا که مراجعه به داوری بین‌المللی به مثابه یک قرارداد بین‌المللی، طریقه‌ای است که طرفین با انتخاب داوری به عنوان مرجع حل و فصل اختلاف، آزادی اراده خود را اعمال و اعلام می‌کنند.¹⁵ دیوان عالی کشور امریکا در پرونده «شِرک»¹⁶ گفته است: «گرچه موضوع دعوا که تقلب در خرید و فروش اوراق قرضه است در مفهوم حقوق داخلی آن اساساً قابل ارجاع به داوری نیست، اما چون تقلب در یک قرارداد بین‌المللی رخ داده، قابل داوری است و بنابراین شرط داوری قرارداد که داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس را پیش‌بینی نموده، لازم‌الاجرا و معتبر است.» به موازات کاهش کنترلهای قضایی محاکم نسبت به داوریها، آزادی عمل طرفین در ارجاع اختلافات به تصمیم لازم‌الاجرای داوران، افزایش یافته است.

14. IV Wetter, supra fn. 9 at p. 7.

در ایران برای داوریهای داخلی مقررات باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی را داریم و در زمینه داوریهای بین‌المللی نیز لایحه قانون داوری تجاری بین‌المللی که اخیراً به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. لکن رویه قضایی در زمینه داوری هیچ توسعه نیافته و از این حیث دچار کمبود جدی هستیم - م).

15. See Delaume, "What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma", 28 Int'l & Comp. L. Q. 258.

16. 417 U.S. 506 (1974).

قوانین داخلی کشورها^{۱۸} و عهدنامه های بین المللی^{۱۹} نیز اختیارات مراجع قضایی داخلی را در تجدیدنظر نسبت به تصمیمات دیوانهای داوری محدود کرده اند. احکام داوری خارجی آسان تر از احکام قضایی محاکم به اجرا در می آیند و امروزه روند داوری تجاری بین المللی در بالاترین مرحله از اهمیت و تأثیر حقوقی خود در سطح داخلی و بین المللی می باشد و داوری بین المللی به درستی «جایگزین محاکم داخلی شده است».^{۲۰}

داوری بین المللی، جایگزین رسیدگی قضایی

تغییر و استحاله «توافق اخلاقی» اولیه برای حل اختلافات که توافقی غیررسمی، سریع، ارزان و کم هزینه بود به یکی از رشته های «حقوق رسیدگی بین المللی» - یعنی داوری- پیامدهای گوناگونی را به دنبال داشته است. اقتدار

۱۷. به دنبال توسعه تجارت بین المللی پس از جنگ جهانی اول و نیز پس از انعقاد اولین موافقتنامه بین المللی داوری در سال ۱۹۲۳، کشورهای غربی بطور روزافزون قوانین و مقرراتی در زمینه داوری وضع کردند که چند مطلب کلّی در همه آنها مشترک است: (۱) الزام آور بودن موافقتنامه ارجاع دعاوی به داوری، (۲) اختیار دادگاه در نصب داور در صورتی که طرفین به توافق نرسند یا یکی از آنها از معرفی داور خود امتناع ورزد و همکاری لازم نکند، (۳) توقف و توقیف رسیدگی دادگاه به دعوائی که طبق توافق قبلی طرفین باید به داوری ارجاع شود ولی با نقض این توافق، در دادگاه مطرح شده است، (۴) آزادی طرفین در اداره جریان داوری و آیین دادرسی در داوری و بالاخره (۵) محدودیت اختیارات دادگاه در کنترل و تجدید نظر قضایی در رأی داوری. برای ملاحظه و بررسی قوانین داوری در امریکا، انگلیس، سوئد و سوئیس، رک.

II Wetter, *Supra* note 9, at 411-98.

۱۸. علی رغم رشد و توسعه داوری تجاری بین المللی، امریکا تا سال ۱۹۷۰ عضو هیچ عهدنامه بین المللی در مورد داوری نشده بود. عهدنامه های ۱۹۲۳ و ۱۹۲۷ ژنو در مورد داوری بین المللی را بسیاری از کشورها تصویب و به آنها ملحق شده اند. اما بعدها کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در مورد اجرای احکام بر این عهدنامه تفوق یافت و در واقع جانشین آنها شد. با این همه، کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ در مورد داوری که هدف اصلی آن توسعه داوری در روابط بین کشورهای اروپای غربی و شرقی بود، همچنان به عنوان یک منبع مهم حقوق داوری بین المللی باقی مانده است. رک. de Vries, *International Commercial Arbitration* 57 *Tul. L. Rev.* 42, 55 (1982).

19. Van den Berg, *The New York Convention of 1958*, (1981) p. 14.

تصمیم‌گیری در داوری بین‌المللی امروزه تقریباً به طور کامل در دست داورانی است که آموزش‌های حقوقی لازم را دیده‌اند و از مسائل حقوقی مطلع‌اند. طرفین با وکلا و مشاوران حقوقی خود حتی ممکن است عضو کانون وکلای کشور محل داوری هم نباشند. عده‌ای متخصص در دعاوی بین‌المللی بوجود آمده که می‌توانند در داوریه‌ای بین‌المللی به صورت فرامرزی تبادل‌لوايح کنند و جریان رسیدگی داوری را شبیه آنچه در محاکم می‌گذرد، اداره نمایند.

دیوانهای داوری به صورت نمونه‌ای نوعی از مرجع رسیدگی به مرافعات حقوقی در آمده‌اند. آیین‌های رسیدگی و قواعد داوری هرچه بیشتر صبغه و کیفیت مقرراتی را به خود گرفته‌اند که حقوقدانان حرفه‌ای تنظیم و تدوین می‌کنند و هرچه بیشتر سخت و استوار شدند و بر مسأله مشکل انتخاب محل داوری و زبان داوری و نیز سوابق حقوقی و حرفه‌ای داوران تأکید ورزیده، و راه‌حل‌هایی ارائه می‌کنند. مراکز و مؤسسات داوری نیز در مورد حوزه «صلاحیت» خود به رقابت پرداخته‌اند. پیرلالیو به «تنوع فوق‌العاده داوریه‌ها و نیز ماهیت چندگونه و چندبُعدی آنها» اشاره می‌کند. ^{۲۲} رنه دیوید هم با شگفتی و تعجب از «تعداد زیاد و تنوع قواعد داوری که مؤسسات داوری گوناگون تدوین کرده‌اند» سخن می‌گوید. ^{۲۳}

تنوع قوانین داخلی کشورها در سراسر جهان، قواعد و مقررات مؤسسات داوری، مشکل زبان و بالاخره سوابق و تخصص‌های حقوقی داوران مانع از این می‌شود که با مسأله داوری تجاری بین‌المللی به عنوان روندی یکنواخت، برخوردی یکسان نمود. اما مسلماً داوری تجاری بین‌المللی از داوری داخلی یکسره جدا است و شکلهای مختلفی دارد. ^{۲۴}

20. Lalive, "Le droit applicable au fond du litige en matiere d'arbitrage", Rassegna dell' Arbitrato 3, 4 (1977).

21. David, L'Arbitrage dans le Commerce International, p. 68 (1982).

۲۲. مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) نشانه رواج اقتدار و مرجعیت داوری بین‌المللی است. این مرکز بر اساس کنوانسیون واشنگتن (۱۹۶۵) و به منظور تشویق ←

اثر بیطرفی در انتخاب محل داوری و داوران

گوناهگونی شکل‌های داوری بین‌المللی ناشی از آزادی عمل وسیع طرفین در انتخاب محل داوری و نیز انتخاب داوران از ملیت‌های گوناگون با زبانهای متفاوت و سوابق حقوقی و تخصصی مختلف است. به علاوه، مشخصه ذاتی داوری بین‌المللی - یعنی بیطرفی در مفهوم گسترده آن - لازم می‌آورد که محل داوری و زبان داوری و نیز قانون حاکم بر آن گوناگون باشد. ویژگی بیطرفی اقتضا می‌کند که خود طرفین (یا مقام ناصب) محل داوری را در جایی غیر از کشور متبوع طرفین قرار دهند، و نیز داور ثالث از کشوری غیر از کشور متبوع هر یک از طرفین انتخاب و نصب گردد.^{۲۳}

بهای این «بیطرفی حقوقی» البته هرچه پیچیده‌تر شدن و تطویل جریان



سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی در حوزه کشورهای تازه به استقلال رسیده تأسیس شده و بانک جهانی (مؤسس آن) توانسته اقبال و پذیرش بیش از ۸۰ کشور جهان در افریقا، آسیا و اروپای غربی و نیز امریکا را برای الحاق به کنوانسیون مذکور جلب نماید. در این کنوانسیون داوری به عنوان تنها اسلوب حل و فصل اختلافات مورد استفاده و اجراء است و کشورهای عضو کنوانسیون پذیرفته‌اند که احکام داوری مرکز را همانند حکم نهایی صادره از دادگاههای داخلی خود اجرا نمایند (ماده ۲۶، ۳۸، ۴۵ کنوانسیون). [برای اطلاع بیشتر رک. آرن بروشه، «قانون حاکم و اجرای احکام در داوریه‌های موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری»، ترجمه دکتر محسن مجبی، مجله حقوقی دفتر خدمات بین‌المللی، شماره ۱۰، ص ۱۶۳-م.]

۲۳. ویژگی «بیطرفی» را درین (Derains) این‌گونه توصیف می‌کند: «بیطرفی (neutrality) که نخستین مشخصه داوری است، نباید با مفهوم استقلال (impartiality) اشتباه شود. استقلال یک مفهوم عینی و شخصی (سایزکتیو) است در حالی که بیطرفی «ذهنی» و (ابزکتیو) است. کسی که متصدی حل و فصل دعوا است یعنی قاضی دادگاه یا داور، و با یکی از اصحاب دعوا تابعیت مشترک و واحدی دارد ممکن است شخصاً مستقل باشد اما نمی‌تواند بیطرف و بدون نظر باشد. وی با زبان طرف دعوا که هموطن اوست و هردو تابعیت کشور واحدی را دارند حرف می‌زند، با همان مفاهیم حقوقی که او آشنا است، آشنایی دارد و نسبت به مسائل حقوقی همان برخورد و برداشتی را دارد که طرف دعوا و هموطن او دارد. هنگام انعقاد قرارداد هردو طرف آکراه دارند صلاحیت محاکم کشور یکدیگر را بپذیرند، حتی اگر بیطرفی و بی نظری محاکم آن کشور خالی از هرگونه شک و شبهه بوده و مسلم باشد. در چنین پس‌زمینه‌ای است که داوری بین‌المللی تنها راه حل قابل قبولی است که طرفین می‌توانند بپذیرند، خواه به صورت داوری موردی (ad hoc) باشد یا غیر مستقیم (داوری سازمانی) یعنی ارجاع دعوا به مؤسسات داوری، که داور منفرد یا داور



رسیدگی و افزایش هزینه‌های داوری است. مقام منصوب کننده چه بسا محلی را برای داوری برگزیند که بسی دور از اداره یا دفتر مرکزی طرفین یا حتی دور از محل اجرای قرارداد باشد، آیین رسیدگی و زبان آن نیز برای طرفین و وکلای آنها بیگانه باشد. هیأت داوری، متشکل از داورانی با اقامتگاهها و تابعیت‌های مختلف که هر کدام از زمینه‌ها و سوابق حقوقی خاصی نیز برخوردارند، می‌تواند باعث تأخیرهای طولانی و پرهزینه در جریان رسیدگی شود. از سوئی، باید پذیرفت که در دعاوی مربوط به تجارت شرق- غرب یا قراردادهای بین کشورهای صنعتی و کشورهای توسعه نیافته، وجود محل داوری در کشور هریک از دو طرف دعوا ممکن است منتهی شود به انتخاب «محلی که نسبت به منافع یکی از طرفین موضع غیردوستانه دارد یا نسبت به مسائل مطروحه در پرونده بیگانه است».²⁴ مع ذلک، هیچ راه حل سریع تر و مطمئن تری نمی‌توان ارائه داد. بهای بیطرفی حقوقی در داوریها چنان گزاف است که گاه امتیازات داوری را منتفی می‌کند تا جایی که بعضاً مراجعه به «دادگاههای کشوری را که مورد اعتماد هر دو طرف دعوا است و با آن آشنایی کافی هم دارند» مرجح می‌سازد.²⁵

انتخاب محل داوری و داوران

به طور کلی «انتخاب محل داوری پاسخ چند پرسش را معلوم می‌کند: چه قانونی جریان داوری را کنترل می‌کند، چه موضوعاتی می‌تواند مورد داوری قرار گیرد، داوران چه کسانی هستند، و جریان داوری چگونه باید انجام شود

→
سوم از کشور ثالثی انتخاب می‌شود و داوری هم معمولاً در کشور همین داور سوم برگزار می‌گردد».
رک.

Derains, "New Trends in the Practical Application of the ICC Rules of Arbitration", 3, N.W.J. Int'l Law of Bus. (1981) at p. 40.

24. Supreme Court of the United States in *Scherk v. Alberto Culver Co*, 417 U.S. 506, 515-16 (1974).

25. Kerr, *supra* footnote 2, p. 177.

(آیین دادرسی)». "انتخاب محل داوری معمولاً به گزینش یک مؤسسه داوری به منظور اداره جریان داوری برمی گردد. مؤسسات بزرگ داوری بین المللی مانند دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی که مقر آن در پاریس است، دادگاه داوری لندن، انجمن داوری امریکایی در نیویورک، مؤسسه داوری اتاق بازرگانی استکهلم هر کدام قواعد داوری خاصی را در چارچوب مقررات آیین دادرسی کشوری که مقر آنها در آن واقع است، تهیه و تدوین کرده اند.^{۲۷}

اما انتخاب قانون ماهوی و نیز آیین دادرسی در داوری به ترکیب هیأت داوری مربوط می شود. قضات حرفه ای که دارای تجارب مستمر در امر قضا هستند برای احراز واقعیات مربوط به پرونده و تصمیم گیری درباره موضوع اصلی محل نزاع و رسیدگی به انواع دعاوی معمولاً روشها و مهارتهای قضایی یکسانی را بکار می گیرند. به عبارت دیگر، اگر قضات به عنوان داور انتخاب شوند، اعم از آنهایی که متعلق به نظام حقوق عرفی (کامن لا) هستند یا غیر آنها در اداره جریان داوری نیز شیوه های یکسانی دارند که قابل پیش بینی است و اصول راهنمای ایشان در تصمیم گیری و صدور رأی در واقع تبدیل به ملکه و عادت شده است. به این ترتیب، ترکیب هیأت داوری در هر پرونده، زمینه اعمال سلیقه ها و سوابق حقوقی داوران را فراهم می کند.^{۲۸}

26. Holtzmann, "The Importance of Choosing the Right Place to Arbitrate an International Case", in *Private Investors Abroad-Problems and Solutions in International Business in 1977*, 183.

۲۷. مثلاً طبق مقررات داوری ICC این که داوران باید قرارنامه داوری (Terms of Reference) تهیه کنند (ماده ۱۵ قواعد داوری) که به امضای طرفین دعوا و خود داوران می رسد، مأخوذ از یک رویه فرانسوی است. زیرا گرچه در حقوق فرانسه موافقتنامه داوری برای خارج کردن دعوا از صلاحیت دادگاه کافی است، اما علاوه بر این تنظیم یک قرارنامه جداگانه (compromis) نیز لازم است که هم متضمن تعریف نکات و موضوعات مورد اختلاف، تعیین محل داوری و مقررات دادرسی و (آیین داوری) است و در واقع «پیمان داوری» است، و هم حاوی قرارداد بین طرفین و داوران است.

28. David, footnote 21, supra, "La procédure de l'arbitrage est dans un large mesure réglée par les arbitres" (p. 408). "Les arbitres, tout naturellement, sont

←

داور منصوب طرفین

در دعاوی مهم، رویه متداول این است که دیوان داوری از سه داور تشکیل می‌شود و هر کدام از طرفین یک داور را نصب و معرفی می‌کند و سپس خود طرفین یا دو داور منتخب ایشان، داور سوم را انتخاب می‌نمایند و گاه مرجع یا شخصی را به نام «مقام منصوب‌کننده» در نظر می‌گیرند که در صورت لزوم، عضو غایب از هیأت داوری را تعیین و منصوب کند.

جایگاه داور منصوب طرفین شایان توجه است. به نظر انجمن داوری امریکا که مبتنی بر تصمیمات محاکم نیویورک و رویه داوری در امریکا است، استقلال و نیز بیطرفی کامل فقط نسبت به داور ثالث شرط است.²⁹ اما در رویه اروپایی شرط بی‌طرفی در مورد همه داوران لازم‌الرعايه است بطوریکه فقدان بیطرفی نسبت به هریک از داوران، حتی داور منصوب طرفین، یک ایراد اساسی به شمار می‌رود و نقص شکلی است که در نهایت اعتبار حکم داوری را مخدوش می‌سازد.³⁰

داوری به مثابه عامل وحدت سیستم‌های حقوقی

در کنار تأکیدی که بر علل و عوامل تنوع شکل‌های داوری بین‌المللی می‌شود، داوری بین‌المللی عامل بزرگ یکنواختی و وحدت حقوقی نیز هست. اغلب مراکز داوری، حتی دو مرکز جدید التأسیس داوری در کوالالمپور و قاهره که هر دو متعلق به «کمیته مشورتنی حقوقی آسیایی-افریقای» می‌باشند، در چارچوب یکی از دو سیستم حقوقی یعنی سیستم حقوق عرفی یا سیستم حقوق نوشته، تشکیل شده‌اند.

→

enclins a suivre la pratique établie dans leur pays pour les jugements" p. 443.

29. The 1977 Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, prepared by a Joint Committee of the AAA and the American Bar Association states that a party appointed arbitrator "may be predisposed toward the party who appointed him". (Canon VII.)

30. II Wetter, supra note 14 at p. 364.

در کشورهای دارای سیستم حقوقی نوشته، سویس (ژنو و زوریخ)، پاریس و هلند مراکز اصلی داوری بین‌المللی می‌باشند، و در کشورهای دارای حقوق عرفی نیز لندن و نیویورک پایگاه داوریه‌ها است. اتاق بازرگانی بین‌المللی و انجمن امریکایی داوری به ترتیب نمایانگر سازمان داوری در کشورهای حقوق نوشته و کشورهای حقوق عرفی می‌باشند. البته قواعد داوری آن دو به اندازه کافی انعطاف دارد که مبادله و تطبیق موازین حقوق نوشته و حقوق عرفی را برتابد و امکان‌پذیر سازد، به طوری که دیوان داوری که مقرر آن در نیویورک است و رئیس آن کسی است که در امریکا (نیویورک) آموزش دیده، می‌تواند جریان داوری را طبق قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی (پاریس) هدایت و اداره نماید و در عین حال مقررات شکلی مربوط به حقوق عرفی امریکا را که محل داوری است نیز رعایت کند. به طور کلی، داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس برای سیستمهای حقوق نوشته طراحی شده و دادگاه داوری لندن برای داوریهایی که در انگلستان یا کشورهای مشترک‌المنافع برگزار می‌شود تشکیل گردیده و بالاخره داوریهای موضوع انجمن امریکایی داوری برای امریکا تدوین و فراهم شده است.³¹

به هر حال، آگاهی از تلقی سیستم حقوق نوشته یا سیستم حقوق عرفی از مسائل شکلی و آیین دادرسی در داوری، برای تنظیم و درج شرط داوری در قراردادها یا تهیه موافقتنامه ارجاع به داوری و بالاخره برای صدور رأی داوری لازم است.

31. Stein and Wotman, "International Commercial Arbitration in the 1980's: A comparison of the Major Arbitral Systems and Rules", *The Business Lawyer*, Vol. 38, August 1983, p. 1715:

«در عمل، داوریهای موضوع قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس که از نوع داوری سازمانی است و نیز داوریهای موضوع قواعد داوری آنسترال که از نوع داوریهای موردی است، بیشتر مطابق با مقررات سیستم حقوقی کشور متبوع رئیس هیأت داوری یا مقررات کشور محل داوری انجام می‌شود. اما قواعد داوری انجمن امریکایی داوری و نیز قواعد دادگاه داوری لندن بیشتر بر مقررات حقوق عرفی تأکید دارد». برای اطلاع از چند و چون داوریهای موضوع دادگاه داوری لندن مراجعه کنید به: II Wetter, *supra* note 9 at pp. 506-508.

شیوه‌های قضایی در داوری

نخستین نکته‌ای که باید مورد توجه واقع شود آن است که اصولاً در سیستم انگلیسی-امریکایی (حقوق عرفی) جریان دادرسی بیشتر در کنترل و اختیار اصحاب دعواست و به صورت مرافعه است یعنی متداعیین مستقیماً در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند و در محضر دادگاه به گفتگو و دفاع می‌پردازند. اما در مقام مقایسه، در کشورهای دارای سیستم حقوق نوشته این دادگاه است که جریان رسیدگی را کنترل می‌کند و مداخله و مسؤولیت بیشتری برای تحقیق و تفحص در مورد حقایق و واقعیات مربوط به دعوا دارد. سیستم حقوق عرفی میراث‌دار آیین دادرسی است که متداعیین در حضور هیأت منصفه به اظهار مطالب و مدافعات می‌پردازند. یعنی تشکیل جلسه استماع شفاهی و استماع شهود در جلسه علنی.^{۳۲} اما دادرسی در سیستم حقوق نوشته در اروپای قاره‌ای (کشورهای اروپایی به جز انگلستان) شهادت شفاهی در محضر دادگاه چنین اثر اثباتی و مستقیمی ندارد زیرا آن را بیشتر متأثر از منافع طرف مربوط و مصلحتی تلقی می‌کنند و ترجیح می‌دهند واقعیات و موضوعات مختلف دعوا به وسیله اسناد و مدارک و ادله مثبتی که در جریان دادرسی ارائه و

۳۲. «در امریکا، شفاهی بودن دادرسی به معنای رسیدگی و استماع شفاهی دعوا در جلسه علنی دادگاه، یک اصل مسلم و تخلف ناپذیر است که در همه دعاوی حقوقی از ابتدای تاریخ حقوق امریکا رعایت شده و می‌شود. ضرورت برگزاری جلسه استماع شفاهی، ناشی از اصول بنیانی آیین دادرسی است که از انگلستان به امریکا آمده، مانند اصل محاکمه در حضور هیأت منصفه و نیز حق سؤال و استنطاق از شهودی که شهادت آنها مبنای تصمیم دادگاه قرار می‌گیرد. ادای شهادت به صورت شفاهی و در جلسه علنی دادگاه از شیوه‌های سنتی دادرسی است که هدف از آن استنباط و استخراج ادله از اظهارات شهود در محاکمات با هیأت منصفه می‌باشد. در واقع بنیان روانشناختی رویه استنطاق و سؤال و جواب از شهود در جلسه دادگاه و نیز مؤثر بودن عملی این رویه به عنوان ابزاری برای کشف حقیقت، ناشی است از اثر همزمان و ذاتی پاسخهای شفاهی و فی‌البداهه شاهد به سؤالات که در جلسه عمومی فی‌المجلس می‌دهد یعنی در محضر قضاتی که ارزیابی حقایق و واقعیات مربوط به دعوا نهایتاً با او است. مقررات قانونی که دلیل بودن شهادت بر اساس شنیده را (شهادت غیر مستقیم) ممنوع می‌کند، در واقع اجرای صحیح حق استنطاق و سؤال و جواب شفاهی از شهود را تضمین و تأمین می‌نماید زیرا دادگاه باید مستقیماً و بدون واسطه با منبع اطلاعات و حقایق مربوط به دعوا (شاهد) تماس داشته باشد...» رک.

Homburger, "Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure", 20 Buffalo L. Rev. 9, 39 (1970).

مورد بررسی دادگاه قرار می‌گیرد، اثبات شود.³³

محتویات پرونده و صورتمجلس‌ها

در نظام آیین دادرسی امریکا، سؤالات و کلا و پاسخهای طرف یا شهود چه در نخستین دور یا دوره‌های بعدی سؤال و جواب در جلسه دادگاه، عیناً صورتجلسه می‌شود و در پرونده ثبت و ضبط می‌گردد. اما در نظام حقوق نوشته، پرونده از یک سلسله اسناد و مدارک، خلاصه اظهارات و پاسخها که به امضای طرفین دعوا می‌رسد یا گزارش کتبی کارشناس منتخب دادگاه، تشکیل می‌شود، مضافاً با توجه به توالی و مرحله به مرحله بودن رسیدگی دادگاه به واقعیات پرونده و سپس مسائل حقوقی آن (مسائل موضوعی و حکمی)، در کشورهای دارای حقوق نوشته برخلاف روش رسیدگی در سیستم حقوق عرفی، صدور قرارهای اعدادی یا تصمیمات مقدماتی در مراحل مختلف رسیدگی، متداول و جاری است.

نظر کارشناس

در دعاوی تجاری بین‌المللی بزرگ و مهم موضوعات مطروح در دعوا (مسائل موضوعی) اغلب مستلزم کسب نظر کارشناس است، مانند: ارزیابی ارزش خالص مؤسسه تجاری، رعایت و یا عدم رعایت مشخصات فنی مربوط، بررسی و تعیین قانون خارجی یا عرف تجاری ذی‌ربط و از این قبیل. در سیستم حقوق عرفی، هریک از طرفین کارشناس مورد نظر خود را انتخاب و او را به عنوان «شاهد کارشناس» آماده و به دادگاه معرفی می‌کند. البته هم قضات و هم وکلای طرف مقابل می‌توانند کارشناس را در مورد نظریه‌ای که ارائه نموده مورد سؤال و تحقیق قرار دهند. اما به موجب قواعد داوری «آنسیترال» در ماده ۲۷ و نیز ماده ۱۴ (بند 2-C) قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی به تبعیت از رویه سیستم حقوق نوشته، کارشناس را دیوان داوری نصب می‌کند و کارشناس فقط درباره

33. Robert, "Administration of Evidence in International Commercial Arbitration", 1 Y.B. Com. Arb. at 221.

موضوعاتی که خود دیوان مشخص می‌کند، اظهار نظر می‌نماید. گرچه نظریه کارشناس به منزله یافته‌هایی در احراز موضوعات ارجاع شده به او معتبر است، منتها هریک از طرفین حق دارند با تسلیم لایحه کتبی و نیز طرح مباحث شفاهی در جلسه رسیدگی نسبت به آن اعتراض نمایند.

افشای مدارک

وکلاي امریکایی به خوبی با رویه افشای مدارک (discovery) آشنایی دارند و از این توان برخوردارند که شهود طرف مقابل را قبل از شروع رسیدگی مورد استماع و سؤال قرار دهند و طرف دعوا را مجبور سازند اطلاعات و ادله‌ای که در اختیار او یا شخص ثالث است ارائه و افشا کند. حتی اگر «اطلاعاتی که مورد تقاضا است مستقیماً در جریان رسیدگی مرتبط نباشد، اما هدف از افشای آنها به نحو معقول و متعارفی نهایتاً به منظور دسترسی و اطلاع از مدارک و ادله قابل قبول باشد، درخواست افشای مدارک مانعی ندارد».³⁴ تشریفات مربوط به افشای مدارک که خاص سیستم حقوقی امریکا است و اختیاری است که به هریک از طرفین داده شده تا به «شکار دلیل» بپردازند، اغلب سبب تأخیرهای ناروا و هزینه‌های نامناسب در جریان رسیدگی دادگاه می‌شود. اما در آیین داوری، حتی داوریهای انجمن داوری امریکا، این مرحله تمهیدی و مقدماتی وجود ندارد، مگر این که خود طرفین صریحاً موافقت کرده باشند. گرچه دیوان داوری که تحت مقررات انجمن داوری امریکا تشکیل شده حق دارد شهود را احضار کند یا مدارکی را مطالبه نماید، اما مسلماً درخواست افشای مدارک در داوریهای امریکا خیلی کمتر متداول است تا دادگاهها، که البته در دادگاهها هم «معمولاً محاکم فدرال و ایالتی آن را رد می‌کنند».³⁵

طبق قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و نیز قواعد داوری آنسیترال، دیوان داوری می‌تواند به اصحاب دعوا و شهود آنها دستور دهد نزد دیوان حضور

34. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26b(1).

35. See Stein and Wotman, supra, fn. 31 at 1706.

یابند یا مدارکی را تسلیم نمایند، اما از نظر حقوقی تکلیف طرف به رعایت این دستورات در مرحله اول ناشی از قاعده بار دلیل است که به عهده او است، و سپس ناشی از اینکه عدم رعایت دستور هیأت داوری بر علیه او تفسیر خواهد شد و یا بالاخره ناشی از مفاد قرار کارشناسی است که این مورد بیش از همه شایع است، به این معنا که هنگام ارجاع امر به کارشناس مقرر می‌شود که: «طرفین مکلفند کلیه اطلاعات لازم یا روش کار را در اختیار کارشناس قرار دهند و نیز هرگونه مدرک و کالای مرتبطی را برای بازرسی به وی ارائه کنند».³⁶ بنا بر این اگر هرکدام از طرفین اسناد و مدارک مورد درخواست را به کارشناس ارائه نکنند «دیوان داوری بر اساس ادله موجود نزد خود مبادرت به صدور رأی و تصمیم‌گیری می‌نماید».³⁷

قانون شکلی حاکم

به طور کلی مقررات و قوانین شکلی (آیین دادرسی) کشور محل داوری، قواعد داوری مؤسسه داوری مربوط که جریان داوری در چارچوب آن قواعد انجام می‌شود را تکمیل می‌کند، و گاه حاوی مقررات آمره‌ای است که صلاحیت محاکم محلی را در نظارت بر داوری تعیین می‌کند و مضافاً راه‌حلهای و طرق قضایی که برای کمک به دیوان داوری یا کنترل آن وجود دارد، مشخص می‌سازد. در فرانسه آنچه «قانون داوری» (lex arbitri) نامیده می‌شود نسبت به آمریکا و انگلیس به مراتب منعطف‌تر است. در داوری بین‌المللی، طرفین یا داوران آزادند مقررات داوری یک کشور خاص یا مقررات داوری بین‌المللی (مانند قواعد داوری مؤسسات بین‌المللی داوری) را برگزینند یا این که مقررات خاصی برای انجام داوری تدوین و تهیه نمایند.³⁸ به هر حال انتخاب فرانسه به عنوان محل داوری لزوماً به معنای اعمال و اجرای مقررات شکلی و آیین دادرسی آن کشور نیست.

36. UNCITRAL Rules, Art. 27.

37. UNCITRAL Rules, Art. 28(3).

38. ICC Rules, Art. 11, French Code Civ. Proc. Art. 1494.

قانون ماهوی حاکم

مسأله انتخاب قانون ماهوی در داوریهای تجاری بین المللی موازنه ای مبتنی بر تئوری و عمل است. تا جایی که اسلوب داوری با رسیدگی قضایی در دادگاه مقایسه شود، انتخاب قانون کشور محل داوری یا همان «قانون داوری» (*lex arbitri*)، نقطه شروع انتخاب قانون ماهوی است. معذک واقع بینانه تر آن است که بگوییم انتخاب قانون ماهوی و نیز اثبات چنین قانونی، تا حد زیادی موکول است به سلیقه حقوقی و روش کار خود داوران و نیز نظارتی که محاکم محلی مقر داوری بر جریان داوری اعمال می کنند.

انتخاب صریح قانون حاکم

اصل آزادی قرارداد یا حاکمیت اراده در داوری تجاری بین المللی قلمرو وسیع تری دارد. در اغلب موارد قصد طرفین در گزینش قانون ماهوی حاکم بر دعوا معتبر و محترم شمرده می شود.

«قانون قرارداد» به عنوان قانون حاکم

از آنجا که در داوری تجاری بین المللی تقریباً همیشه مسأله تفسیر و اجرای قراردادها مطرح می شود، طرفین می توانند هنگام تنظیم قرارداد به صورت انتخاب «منفی» عمل کنند، یعنی توافق کنند که «قانون داخلی حاکم بر موضوع، جز در موارد فوق العاده مهم و غیر قابل اجتناب، ارتباط و موضوعیتی نسبت به دعوا نخواهد داشت»^{۳۹} و بدین سان از شمول قانون داخلی کشور خاصی جلوگیری کنند. در چنین حالتی، قانون حاکم بر روابط طرفین همان «قانون قرارداد» است، یعنی مفاد و شرایط قرارداد اصلی فیما بین.

۳۹. «وتر» می گوید که اصل «قانون قرارداد» (*lex consensualis*) در مفهوم تازه و معاصر آن، به ویژه در امریکا، شروط و مفاد قرارداد را، قانون منحصر به فرد حاکم بر روابط طرفین می داند. رک.

Wetter, The Case for International Law School and an International Legal Profession. 29, Int'l & Comp. L.Q. 206, 212 (1980).

قراردادهای دولتی خارجی

قراردادهای بین‌المللی که بین اشخاص خصوصی و دولتها منعقد می‌شود، شایان توجه خاص است. در قراردادهای سرمایه‌گذاری و سایر ترتیبات قراردادی بلندمدت با دولتها یا سازمانها و مؤسسات فرعی دولتی، انتخاب مجموعه قواعد حقوقی که حاکم بر حقوق و تکالیف طرفین باشد، از اهمیت اساسی برخوردار است.⁴⁰ معمولاً، این‌گونه قراردادها در کشور دولت طرف قرارداد تهیه و تنظیم می‌شود و اجرای آن نیز در سرزمین آن دولت صورت می‌گیرد و از این‌رو طبق اصول کلی تعارض قوانین، علی‌القاعده قانون همان کشور به عنوان «قانون مناسب قرارداد» حاکم بر آن خواهد بود. اداره امور عادی مشارکتهای تجاری بین‌المللی و نیز مسؤولیت‌های قراردادی و غیرقراردادی آنها در قبال بستانکاران محلی به آسانی مشمول قانون کشور میزبان است. اما اختلافات مربوط به قرارداد سرمایه‌گذاری باید در مراجعی خارج از کشور میزبان و طبق مقررات و قواعد حقوقی استوار و تثبیت شده حل و فصل گردد. در کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت و اتباع خارجی (موسوم به ایکسید ICSID) داوری به عنوان مرجع انحصاری حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده و ماده ۴۲ آن مربوط است به مسأله قانون حاکم که مقرر نموده دیوان داوری باید «مطابق مقررات قانونی که طرفین با توافق انتخاب کرده‌اند تصمیم‌گیری نماید و در صورتی که چنین توافقی وجود نداشته باشد، دیوان قانون کشور میزبان (سرمایه‌پذیر)، منجمله قواعد حل تعارض قوانین آن کشور را و نیز چنان قواعد حقوق بین‌الملل را که احیاناً حاکم بر موضوع دعوا باشد، اعمال خواهد نمود».⁴¹ اصولاً در همه قراردادهای اعم از اینکه طرف آن دولت خارجی باشد یا نه، لازم است ماده‌ای در مورد انتخاب قانون حاکم در قرارداد اصلی درج شود. حتی اگر

40. Weil, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", 128 Recueil des Cours III 95, 231 (1969).

41. Kahn, "The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", 44 Ind L.J. 1 (1968).

طبق مقررات داوری کشور محل داوری (*lex arbitri*) لازم نباشد ادله حکم در رأی ذکر شود و رأی به طور محدودی قابل تجدید نظر باشد، باز هم داوران به نقشی که به عنوان قاضی دارند توجه دارند و به همین لحاظ بر حسب زمینه و سوابق حقوقی خود و با هدایت جویی و مراجعه به اصول حقوقی ذی ربط رأی می دهند. خصوصاً اگر قرار باشد رأی در سطح بین المللی مورد شناسایی و اجرا قرار گیرد، باید ادله حکم با ذکر مبانی حقوقی آن قید شود و داوران باید در رأی صادره بیان کنند که از کدام طریق و به چه نحو به این مبانی حقوقی یعنی قانون حاکم بر دعوا دست یافتند و آن را برگزیده اند.

داوری سازشی

در بسیاری از کشورهای اروپای غربی و امریکای لاتین، ماهیت اعتماد و روح اطمینانی که طرفین نسبت به داوران خود دارند، به ویژه در مواردی که حل و فصل اختلاف موجود (نه اختلافات احتمالی و آتی) به ایشان سپرده می شود، چنان عمیق است که اختیار حل اختلاف به صورت سازشی را نیز به داوران اعطا می کنند و به عبارت دقیق تر داوران نقش سازش دهندگان دوستانه (*amicable compromiser*) یا کدخدا منشی پیدا می کنند.⁴² گرچه شرط داوری سازشی یا کدخدا منشانه بر حسب استنباط داوران تفسیر می شود اما معمولاً منظور از آن تفکیک بین داوری مبتنی بر انصاف از داوری مبتنی بر قانون و مقررات حقوقی است. به قول یکی از نویسندگان «داوری سازشی مفهومی است که عموماً پذیرفته نشده و در بسیاری از جاها ناشناخته است».⁴³ ای. جی. کان نیز در مطلبی که درباره قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی نوشته، می گوید: «داوری سازشی ویژگی

42. David, fn. 21 supra at p. 463 (1982). The term involves waiver of strict application of non-mandatory rules of procedural or substantive law.

43. Louquin, *L'Amiable Composition en Droit Comparé et International* (1980), p. 25.

است که خوشبختانه در انگلستان و سایر کشورها شناخته شده نمی باشد».^{۴۴}

اعطای اختیار تصمیم گیری و حل و فصل دعوا بر اساس انصاف به جای قانون، باعث می شود جریان داوری اساساً به نوعی سازش اجباری تبدیل شود. هنگامی که برای حل و فصل دعوی موجود و مشخص، خود طرفین شخصی را بر اساس آشنایی و روابط دوستانه ای که با او دارند و نه به خاطر علم و اطلاع او از مسائل حقوقی و قانونی، به عنوان داور برمی گزینند و به او اجازه می دهند دعوا را «بر اساس حسن نظر» تصمیم گیری نماید، با این کار در واقع تمایل خود را به اینکه دعوا با کمترین درگیری و معارضه حقوقی و به نحو دوستانه حل و فصل شود، نشان می دهند. امروزه درج شرط داوری با حق سازش یا داوری کدخدا منشی برای حل و فصل اختلافات آتی به معنای قصد واقعی طرفین است به اینکه مایلند علیرغم اختلافات حاد، روابط دوستانه خود را همچنان حفظ نمایند.^{۴۵}

همان طور که یک نویسنده امریکایی می گوید: «داوری سازشی به معنایی که در فرانسه دارد با آنچه عموماً در امریکا متداول است، تفاوت ماهوی چندانی ندارد». «در حقوق امریکا» داوران مأخوذ به مقررات قانونی نیستند و رأی آنها اصولاً قطعی است. مسلماً نمی توان رأی داوری را به صرف اعمال نادرست قانون ابطال کرد... و مهمتر اینکه داوران مکلف نیستند ادله حکم خود را در رأی بیان

44. Cohn, "Rules of Arbitration of ICC", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 14 (1965), p. 156.

۴۵. «دیوید» با شرط داوری کدخدا منشی در قراردادهای بیع بین المللی موافق نیست، و به نظر او این نوع داوری اغلب در قراردادهای دراز مدت و مشارکتها و قراردادهای انتقال تکنولوژی می آید زیرا در قراردادهایی از این گونه نمی توان نوع و کیفیت روابط طرفین و توافقاتی ایشان را در ابتدای کار و هنگام انعقاد قرارداد با اطمینان و قاطعیت تعریف و توصیف کرد و مضافاً در این نوع قراردادها طرفین در ابتدای کار بیشتر شرکایی هستند که نفع مشترکی در یک واحد تجاری (مشارکت) دارند تا این که مقابل یکدیگر باشند یا تعارض منافع داشته باشند. البته، در مواردی که طرفین بخواهند از تعارض قوانین و انتخاب قانون حاکم اجتناب ورزند نیز، دیوید توصیه می کند از داوری کدخدا منشی استفاده کنند. رک. David, supra Note 21, at 465.

46. See Fales, "International Arbitration of Private Disputes-The Draftsman's Dilemma", in Private Investors Abroad-Problems and Solutions in International Business in 1971, 313.

کنند. بنابراین می‌توان از محاکم امریکا درخواست اجرای احکام داوری را نمود که یکسره با مقررات قانون و تصمیمات قضایی که در مقام تفسیر آن قانون صادر شده‌اند، متفاوت هستند».^{۴۷}

رأی داوری

رأی داوری حاوی تصمیم و حکم دیوان داوری است. برای این که تصمیم داوران ارزش و اعتبار بیشتری یابد مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر کرده داوران باید پیش نویس حکم را - اعم از اینکه به صورت حکم نهایی باشد یا حکم جزئی - جهت بررسی و تصویب به دیوان داوری اتاق تسلیم کنند. این دیوان حق دارد حکم را از نظر شکلی اصلاح کند اما از نظر ماهوی فقط می‌تواند «توجه داوران صادرکننده حکم را به پاره‌ای مطالب ماهوی جلب نماید».^{۴۸} ویژگی خصوصی و محرمانه بودن از جمله امتیازات داوری است و از این رو ماده ۲۳ (بند ۲) قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی اجازه تسلیم نسخه‌ای از حکم را فقط به طرفین - و نه هیچ شخص ثالثی - داده است.

استدلال در رأی داوری

یکی از مهم‌ترین وجوه شاخص و ویژگیهای داوری بین‌المللی ناشی از الزام و ضرورتی است که برای ذکر ادله و استدلال در رأی داوری وجود دارد، هرچند رویه عملی در این مورد طور دیگری است.^{۴۹} اگرچه قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ارائه استدلال در متن حکم را نه الزامی می‌داند و نه ممنوع، اما آرای داوری معمولاً همراه با استدلال و اظهار عقیده در مورد ادله‌ای است که حکم

47. In re Aimcee Wholesale Corp. v. Tomar Prods., 21 N.Y.2d 621, 626-27, 237 N.E.2d 223, 225, 289 N.Y.S.2d 968, 971 (1968).

48. ICC Rules Art. 21.

49. See Domke, *Arbitral Awards Without Written Opinions: Comparative Aspects of International Commercial Arbitration in XX Century Comparative and Conflicts Law*, at p. 249 (1951).

بر اساس آنها صادر شده است.^{۵۰} رویه ذکر استدلال در رأی داوری، یک سنت حقوقی فرانسوی است که طبق آن حکم دادگاه بدون ذکر استدلال، باطل است.^{۵۱} مطابق ماده ۳۲ (بند ۳) قواعد آنسیترال نیز دیوان داوری مکلف است در رأی صادره ادله خود را بیان کند، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند. اما در کشورهای دارای سیستم حقوقی عرفی (کامن لا) که دادگاهها مکلف نیستند ادله حکم را بیان کنند، رأی داوری بدون ذکر دلیل نیز معتبر و صحیح است.^{۵۲} انجمن امریکایی داوری، داوران را از درج استدلال در حکم برحذر می‌دارد، معذلک بند ۷ «مقررات اصلاحی داوری تجاری بین‌المللی» انجمن مذکور مقرر می‌دارد: «طرفین دعاوی بین‌المللی اغلب از داوران انتظار دارند استدلال خود را در شرح و تبیین دلایلی که برای تصمیم خود داشته‌اند، در حکم قید نمایند. انجمن امریکایی داوری می‌تواند، ضمن تبادل نظر و مشورت با طرفین دعا و داوران ترتیبات لازم را به منظور نیل به این هدف فراهم و ارائه کند».

● نتیجه

روند داوری تجاری بین‌المللی به سوی تشکیل یک پیکره حقوقی پیچیده، مختلف البعاد و خودگردان تحول یافته و رشد کرده است، امروزه اسلوب داوری به عنوان رویه جایگزین رسیدگی قضایی دادگاهها به غایت قصوای مؤثر بودن خود از نظر حقوقی دست یافته و مؤید به تأیید محاکم، قوانین داخلی کشورها و

50. Stevenson, "An Introduction to ICC Arbitration", 14 J. Int'l & Econ. 381 (1980).

51. کربونیه می‌گوید: «در فرانسه می‌توان به احکام داوری که فاقد بیان ادله حکم باشند، اعتراض نمود». رک.

Carbonneau, The Recognition and Enforcement of International Arbitration Award in French Law, 11 Int'l Law 603, 612 (1977).

52. Bernhardt v. Polygraphic Co. of America Inc., 350 U.S. 198 (1956); Wall, "United Kingdom: The London Court of Arbitration" in Handbook supra fn. 4.

عهدنامه های بین المللی است.

البته استقرار و مؤثر بودن داوری بین المللی در درجه نخست موکول است به شناسایی و معتبر دانستن توافق طرفین در ارجاع اختلافات بازرگانی خود به داوری و سپس اجرای احکام داوری خارجی. احکام داوری به عنوان شیوه ای از حل و فصل دعاوی تجاری عموماً بهتر و آسان تر معدّ اجرا است تا احکام دادگاههای خارجی و کمتر موضوع کنترل قضایی کشور محل صدور است. چه به صورت استیناف خواهی یا سایر اشکال تجدیدنظر در احکام.

چالشی که روند داوری بین المللی امروزه با آن مواجه است عبارت است از برآوردن انتظارات و ایفای رسالتی که برعهده گرفته، یعنی ایجاد یکنواختی مؤثر در حقوق ماهوی و حقوق شکلی داوری بین المللی. امروزه داوری در طیفی قرار می گیرد که یک سوی آن رسیدگی قضایی توسط محاکم است و سوی دیگر آن سازش یا میانجیگری است. این است که کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل موسوم به آنسیترال که سالها قبل (۱۹۶۱) قواعد داوری را برای کاربردی جهانی تهیه و تدوین کرده بود، اینک مقرراتی را برای سازش (conciliation) نیز تهیه کرده تا کسانی که مایلند اختلافات خود را به صورت دوستانه حل کنند بتوانند از آن استفاده نمایند. اقدام خوب دیگر آنسیترال عبارت است از تهیه قانون نمونه داوری تجاری بین المللی (۱۹۸۵) که در واقع به منزله تکمیل عناصر لازم برای استقرار بیشتر نهاد داوری و استواری تأثیر آن است.^{۵۳}

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۵۳. برای ملاحظه متن قانون نمونه داوری آنسیترال (۱۹۸۵) و ترجمه فارسی آن، رک. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۵، اسناد بین المللی. ضمناً قانون داوری تجاری بین المللی که در مهرماه ۱۳۷۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است مقتبس از همین قانون نمونه داوری آنسیترال، البته با پاره ای اصلاحات و تغییرات می باشد. م.



پښتونستان د علومو او مطالعاتو فریښی
پرتال جامع علوم انسانی